

Recurso 394/2024
Resolución 445/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GARDEN CITY MULTISERVICIOS S.L.**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro y entrega de frutas y hortalizas en los Centros Escolares de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Curso 2024-2025”, (Expte. CONTR/2024/636747), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del perfil. El valor estimado del contrato asciende a 3.680.216,07 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el 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 y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 26 de septiembre de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GARDEN CITY MULTISERVICIOS S.L. (en adelante la recurrente), contra el PCAP de la contratación referenciada.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano el 1 de octubre de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se ha presentado en el plazo concedido las formuladas por la entidad CORTIJO CUEVAS S.L.U.

Por Resolución MC. 120/2024, de 4 de octubre, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente, que según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación, para la interposición del presente recurso especial.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

La recurrente pone de manifiesto que determinados criterios de adjudicación establecidos en el pliego recurrido suponen una barrera injusta y discriminatoria para potenciales licitadores que teniendo capacidad para ejecutar el contrato no podrían obtener puntuación en los mismos por resultar costosos y altamente restrictivos los requisitos a valorar.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la licitación restringe sus posibilidades de acceder a esta en condiciones de igualdad. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP que rige un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el anuncio de licitación se publicó el 5 de septiembre de 2024 en el DOUE y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas el mismo día, por lo que el recurso presentado en el registro de este



Tribunal el 26 de septiembre de 2024 se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial.

El recurso que se examina se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto financiado por la Unión Europea, con una tasa de cofinanciación del 100 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, dado que el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, señala que *«Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los actos y decisiones dictados en relación con los contratos a que se refiere este artículo tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta ante los respectivos órganos competentes para resolver»*, y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que tendrán preferencia siempre que *«se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos»*.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la recurrente.

La entidad recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que rige el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que *“se revoquen, mediante nulidad o subsidiariamente anulabilidad los aspectos impugnados y en consecuencia:*

1.- Que se revise y modifique el sistema de puntuación del pliego respecto a la ponderación otorgada a los sistemas de calidad, de manera que se permita la participación en igualdad de condiciones de empresas que cumplan con los requisitos técnicos y legales sin necesidad de contar con dichas certificaciones, valorándose la inclusión de alternativas a la exigencia de certificaciones de calidad, tales como auditorías o controles específicos que puedan garantizar la calidad de los productos sin imponer barreras a la participación de empresas no certificadas.

2.- Que se elimine la puntuación asociada al incremento del tamaño de las dosis sin contraprestación económica, por considerarse desproporcionada y contraria a los principios de equilibrio económico y libre competencia. Todo ello, de conformidad con lo expuesto en la presente impugnación y aquellos argumentos que en su caso pudiese considerar el Tribunal.”

La recurrente formula los siguientes motivos de recurso:

1. Vulneración del principio de igualdad de trato y libre competencia como consecuencia de la petición y puntuación de certificaciones de calidad para concurrir al concurso.

En relación con el *“Sistema de gestión de la calidad”* como criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas establecido en el apartado 8.B.4 del Anexo I *“CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO”*, la recurrente alega que *“que la PETICION Y PUNTUACION DE DETERMINADAS CERTIFICACIONES DE CALIDAD PARA CONCURRIR AL CONCURSO vulnera los principios expuestos, no sólo porque, como ya hemos dicho, supone casi un*



25% del total de la puntuación, sino porque establece un “filtro” claramente discriminatorio, sin dar oportunidad a los demás concurrentes de demostrar la calidad de sus productos de otra forma. Un licitador con experiencia que no posee las certificaciones exigidas por el pliego, pero que tiene la capacidad técnica, operativa y financiera para ejecutar el contrato en las condiciones requeridas, se enfrenta a una barrera de entrada injusta y discriminatoria. Aunque cumple con todos los requisitos para ejecutar el suministro de frutas y hortalizas de manera eficiente, se le otorgan menos puntos o incluso se le excluye del proceso de licitación, no por falta de capacidad, sino simplemente por no contar con certificaciones específicas como EMAS, que son costosas y altamente restrictivas, así como las demás certificaciones.

Este tipo de exigencias no solo reducen las posibilidades de participar de forma competitiva, sino que distorsionan el principio de igualdad de trato en la contratación pública. Un licitador con experiencia, aunque capaz de garantizar la calidad del servicio mediante otros mecanismos (auditorías internas, controles de calidad propios, etc.), ve cómo sus méritos y trayectoria quedan relegados a un segundo plano por no cumplir con un criterio que no es esencial para la correcta ejecución del contrato.

Además, esto puede provocar una reducción de la concurrencia en el proceso, ya que aquellos licitadores sin estas certificaciones pueden abstenerse de participar, entendiéndolo que sus probabilidades de éxito son escasas frente a empresas que ya poseen las certificaciones impuestas. Como resultado, se perjudica la competencia efectiva y se pueden aumentar los costes para la administración, al haber menos opciones y menos presión competitiva en las ofertas presentadas.”

2. Vulneración del principio de igualdad de trato y libre concurrencia como consecuencia del incremento del tamaño de las dosis sin compensación económica.

En este motivo de recurso la recurrente entiende que no es ajustado a derecho el criterio de adjudicación valorable mediante fórmula, establecido en el apartado 8.B.2) “Incremento sobre las dosis mínimas de producto establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas: Hasta 20 puntos.” del Anexo I “CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO”.

Alega que “En resumen, esta cláusula va en contra de los principios de equilibrio económico, igualdad de trato, libre competencia y proporcionalidad recogidos en la LCSP, lo que la hace jurídicamente cuestionable.

Esta situación afecta gravemente a un licitador con experiencia, ya que:

1. *Desventaja Económica Directa:* Aunque el licitador tenga experiencia y capacidad para ejecutar el contrato, el incremento de hasta un 20% en el tamaño de las dosis sin compensación económica genera un sobrecoste no previsto. Para un licitador con experiencia, este tipo de imposiciones afectan la viabilidad económica del proyecto, forzando a ofrecer más producto por el mismo precio, lo que erosiona el margen de beneficio.
2. *Desigualdad de Condiciones:* El licitador con experiencia, pese a tener una trayectoria demostrada en contratos similares, se enfrenta a una desventaja competitiva frente a otros licitadores con mayor capacidad financiera o logística. Este incremento obligatorio y gratuito en el producto favorece a empresas con más recursos, y no a las que ofrecen mejores condiciones o más experiencia en la gestión del contrato.
3. *Distorsión de la Competencia:* Este criterio también distorsiona el principio de igualdad de trato y la libre concurrencia. El licitador con experiencia no puede competir en igualdad de condiciones si se le obliga a asumir estos sobrecostes sin que se computen como parte de su propuesta económica. De hecho, no se reconoce como una rebaja en la proposición económica, lo que significa que este esfuerzo extra no obtiene reconocimiento ni puntuación adicional, anulando cualquier ventaja competitiva basada en la experiencia.



4. *Desincentivo a la Participación: A largo plazo, este tipo de cláusulas puede desincentivar la participación de licitadores experimentados, que considerarán que la licitación no es económicamente viable ni justa. Este tipo de prácticas crean incertidumbre y riesgo, lo que podría hacer que los licitadores con experiencia prefieran no presentar sus ofertas en contratos con estas condiciones abusivas.*

En resumen, un licitador con experiencia se ve afectado en términos económicos, competitivos y estratégicos, ya que la exigencia de aumentar las dosis sin compensación no solo incrementa los costes, sino que también debilita su posición en la licitación, sin un beneficio proporcional.”

II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso formula alegaciones respecto a cada uno de los motivos de recurso:

1. Sobre la utilización de los certificados de calidad como criterios de adjudicación.

Respecto a este motivo de recurso, el órgano de contratación en su informe al recurso plasma el informe de 30 de septiembre de 2024 elaborado por el servicio competente en el que responde a las alegaciones de la recurrente, considerando que *“En resumen, desde este Servicio se propone desestimar las peticiones del recurrente relativas a eliminación de las certificaciones de calidad como criterio de adjudicación.”*

Asimismo, alude el informe del órgano de contratación al informe AJ-CAPADR 2024/121 del Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica que se pronunció sobre el uso de las etiquetas como criterios de adjudicación en relación con el artículo 127 de la LCSP, en él se observó que *“debe revisarse, y corregirse, si los certificados exigidos se acomodan a las previsiones de este artículo, en particular que los certificados o etiquetas se refieren a los productos y sus características o sistemas de elaboración y no a la solvencia de las empresas licitadoras en general. Y además deben cumplirse con las exigencias del artículo 127 en relación a la justificación de todos los elementos allí referidos, entre otros, la justificación de que todos los requisitos que se exigen para cada una de las etiquetas está relacionado con el objeto del contrato y suponen una mejoría de la oferta, para el caso de utilizarlo como criterio de valoración; en caso de que no todos los requisitos tengan que ver señalar en concreto cuáles no. Igualmente debe constar que se admiten otras etiquetas equivalentes u otros medios de prueba, y en todo caso será necesario hacer constar, lo que en estos momentos no se ha hecho, las características y requisitos que se desean imponer y que la etiqueta prueba y que estos estén relacionados con el objeto del contrato y cumplan con la función en la que se emplee la etiqueta, según donde lo utilice el órgano: definición del objeto, solvencia, valoración, o condición especial entre otros. En este pliego no se cumple con estas condiciones y salvo que se proceda a su modificación en los términos expuestos no es conforme a Derecho la utilización de las etiquetas en los términos actuales.”*

A continuación, el órgano de contratación transcribe el informe del servicio promotor relativo al citado informe 2024/121, en el que según el órgano de contratación *“El órgano gestor considera que los certificados de calidad y medioambientales están vinculados al objeto del contrato y cumplen de conformidad con lo establecido en el artículo 127 LCSP, según consta en el informe de adecuación, por lo que el apartado 8.b. 4). Sistema de gestión de la calidad: Hasta 23 puntos, del PCAP se mantiene inalterable tras el informe del Gabinete Jurídico, al considerar el órgano gestor “que cumplen todos los requisitos establecidos en los apartados a), b), c), d), e) y f) del citado artículo 127 de la LCSP, estando referidos a los productos y sus características o sistemas de elaboración y no a la solvencia de las empresas licitadoras en general.”>>*

Sin embargo, el órgano de contratación concluye que *“se evidencia tanto en el informe AJ-CAPADR 2024/121 del Gabinete Jurídico, como por la doctrina de los Tribunales Administrativos que los certificados de calidad y*



medioambientales incorporados en el PCAP como criterios de adjudicación no son conforme a Derecho si no están vinculados al objeto del contrato. Es por lo que se solicita que se estime la pretensión de la parte recurrente.”

2. Sobre el incremento sobre las dosis mínimas.

Igualmente, respecto a este motivo de recurso, el órgano de contratación en su informe al recurso plasma el informe de 30 de septiembre de 2024 elaborado por el servicio competente en el que responde a las alegaciones de la recurrente, que propone la desestimación del motivo de recurso.

Asimismo, alude el informe del órgano de contratación al informe AJ-CAPADR 2024/121 del Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica que se pronunció sobre el criterio ahora cuestionado observando que *“en el apartado 8, en lo relativo a los criterios de adjudicación se recogen bajo la nomenclatura de incrementos sobre las dosis mínimas e incremento de la calidad de los productos dos criterios que han de ser entendidos como mejoras, dada la redacción dada en el pliego. (...)”*

Si bien parece justificarse el uso de las mismas en el pliego, dicha explicación reafirma el hecho de que se trata de una prestación adicional que excede la contemplada en el PPT y cuya excesiva valoración puede suponer una restricción efectiva de la competencia, situación esta proscrita por la LCSP. Por ello, se deben reevaluar los criterios de adjudicación pues una ponderación excesiva de las mejoras podría cuestionar la idoneidad del objeto del contrato descrito en el expediente.”

Finalmente, el órgano de contratación considera que *“Es evidente que tanto en el informe AJ-CAPADR 2024/121 del Gabinete Jurídico, como por la doctrina de los Tribunales Administrativos se señala que las mejoras se pueden incorporar a los pliegos como criterios de adjudicación, siempre y cuando no se altere su objeto. En el apartado 8 del PCAP, la valoración o ponderación de las mejoras es desproporcionada, lo que podría restringir la competencia o concurrencia y no ser conforme a Derecho. Es por lo que se solicita que se estime la pretensión de la parte recurrente.*

Es por lo que se solicita que se estime la pretensión de la parte recurrente.”

III Alegaciones de la entidad CORTIJO CUEVAS S.L.U..

La citada entidad se opone a las pretensiones de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Efectos de la resolución de un recurso previo contra el mismo acto respecto al recurso especial interpuesto: pérdida sobrevenida de su objeto.

El recurso aquí examinado se ha interpuesto contra uno de los actos que fueron objeto del recurso tramitado en este Tribunal bajo el número 371/2024, que ha sido estimado parcialmente en nuestra Resolución 424/2024, de 4 de octubre. En la citada resolución se ha acordado anular, entre otras actuaciones, el PCAP impugnado.

Así pues, la anulación del PCAP que rige la licitación en virtud de lo acordado por la resolución citada de este Tribunal produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso ahora examinado que, como hemos indicado, se dirige contra el mismo acto.



La pérdida sobrevenida del objeto del recurso no es una figura no recogida en nuestro ordenamiento jurídico contractual, pero sí en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria, cuyo artículo 21.1 contempla la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento como uno de los supuestos de terminación del mismo.

Procede, pues, declarar concluso el procedimiento del recurso especial, sin que haya lugar a examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Declarar concluso el procedimiento de recurso especial en materia de contratación interpuesto la entidad **GARDEN CITY MULTISERVICIOS S.L.**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro y entrega de frutas y hortalizas en los Centros Escolares de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Curso 2024-2025”, (Expte. CONTR/2024/636747), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, al haberse producido la pérdida sobrevenida de su objeto.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por Resolución MC. 120/2024, de 4 de octubre de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

