

Recurso nº 22/2023
Resolución nº 59/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 9 de febrero de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Mediterránea de Catering, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación del Director Gerente del Hospital Universitario Clínico San Carlos de fecha 19 de diciembre de 2022 por el que se adjudica y se excluye la oferta del recurrente del contrato de “Suministros y gestión de víveres para la elaboración de dietas para el Hospital Universitario Clínico San Carlos” número de expediente PA 2022-4-007 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 29 de septiembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 6.505.275,80 euros y su plazo de duración será de un año, prorrogable por otros tres años más.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre los que se

encuentra el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Alcanzada la fase procesal de conocimiento de las ofertas concretas a los productos alimentarios objeto del contrato, se procede a elaborar informe técnico sobre dichas proposiciones.

Dicho informe evidencia que la oferta de la recurrente no alcanza la totalidad de productos requeridos en los pliegos de condiciones, faltando asimismo la ficha técnica de alguno de ellos e incumpliendo lo requerido en otros.

En consecuencia la Mesa de contratación excluye de la licitación dicha propuesta en su sesión de 29 de noviembre de 2022.

El informe técnico referido forma parte del acuerdo de la Mesa de contratación.

Con fecha 19 de diciembre se notifica el acuerdo de adjudicación suscrito por el Director Gerente del Hospital en el que se adjudica el contrato a Tecnové, S.L. y se notifica la exclusión de la recurrente por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones.

Tercero.- El 25 de enero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mediterránea de Catering, S.L.U., en el que solicita la nulidad del acuerdo de exclusión de su oferta y en consecuencia la retroacción de actuaciones hasta la admisión de ésta, procediendo a su valoración.

El 27 de enero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 3 de febrero de 2023, la adjudicataria presenta escrito de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48

de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 19 de diciembre de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de enero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la errónea exclusión de la oferta del recurrente.

El Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares (en adelante PCAP) incluye una serie de anexos y subanexos que establecen los productos a suministrar y aquellos que de por sí no son alimentos si no que sirven para cocinar, por ejemplo aceite.

El PACP establece que la oferta a presentar consistirá, aparte del precio, en la determinación de dos proveedores por artículo y la ficha técnica del primero de ellos, en consideración a que el segundo proveedor entrara en juego por imposibilidad de que el primero cumpla con las obligaciones contraídas con el adjudicatario.

De esta manera contamos con dos listados que como indica muy concretamente el adjudicatario en su escrito de alegaciones: *“los productos requeridos para esta licitación, y que en el referido anexo hay dos tablas de productos, una de VÍVERES HCSC (259 productos) y otra de PRODUCTOS NO*

CUANTIFICABLES (24 productos) y, si bien la suma de ambos da como resultado 283 productos, resulta que hay 10 de ellos repetidos en ambas listas, lo que hace que el total sea de 273 productos”.

Descrito y concretado el escenario en el que nos movemos, el recurrente considera que su propuesta no ha sido bien informada llevando a su exclusión por incumplimiento, cuando ha presentado tanto los dos proveedores como las fichas técnicas precisas.

En ejercicio de su defensa, invoca un error en los pliegos de condiciones que emite a un anexo IV concretamente referido a planos de instalaciones. Plantea que: *“Ni el PCAP ni el PPT especifican que en relación a las fichas técnicas a aportar deban ser las contenidas en los artículos del Anexo IV del Anexo I, ni del Anexo III, siendo este último el único Anexo que contiene fichas técnicas de productos.*

En consecuencia, el informe técnico adjunto es contrario a los términos de la licitación, por cuanto está valorando el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los pliegos teniendo en cuenta el Anexo IV del Anexo I, en relación a las características técnicas de productos cuya descripción técnica no se encuentra en los anexos de la licitación.

A este respecto véase que el Anexo III contiene un total de 183 productos y el Anexo IV del Anexo I contiene 283 artículos, y no 273 como manifiesta erróneamente dicho informe, debiendo de tratarse de un error por parte de los autores del informe o bien de un error en la comprobación que se ha llevado a cabo por dicho órgano”.

Trae a colación el resumen del informe técnico sobre comprobación de la idoneidad de las ofertas y que concluye: *“ha presentado oferta a 641 productos de todos ellos solo se valoran 479 que corresponden con el anexo IV. Productos que NO se han presentado (del total de 273 que se han solicitado 38 supone un 13,9%. Fichas presentadas de productos solicitados que no cumplen características 12”.*

Considera que su oferta está bien planteada justificada y que alcanza no solo los productos solicitados sino otros tantos. Achaca a la redacción de los pliegos de condiciones, en concreto a la distribución de anexos las posibles fallas en su proposición y en consecuencia con todo ello solicita la revisión del informe que ha servido para que la Mesa de contratación acuerde su exclusión.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso considera y admite en primer lugar que podría haber elegido otra nomenclatura para los anexos de anexos y de esta forma aclarar la distribución de pliegos y anexos. Dicho lo cual y ya entrando en la defensa de su acuerdo en primer lugar recuerda que los pliegos de condiciones no han sido impugnados, por lo que se considera que todos los licitadores han entendido y aceptado lo que en ellos se manifiesta y requiere.

Justifica que en el anexo I, compuesto de varios anexos, el número cuatro es el que relaciona todos los alimentos a suministrar, mientras que las fichas técnicas se encuentran recogidas en el anexo III general.

Informa que en trámite de información a los licitadores AUSOLAN, R.S.C., hizo una pregunta relativa a la documentación a presentar y que se aclaró que se debía presentar la relación de productos y marcas que se van a suministrar, las fichas técnicas individuales de cada uno de ellos, así como indicar dos proveedores de cada producto. Igualmente se aclaró que todas las materias primas y víveres a suministrar son las que se encuentran relacionadas en el Anexo IV.

Invoca la doctrina sobre la determinación de las necesidades de la contratación al como competencia propia del órgano de contratación y la consideración de los pliegos de condiciones como ley del contrato, tras lo cual reitera al igual que se expresa la adjudicataria, que el recurrente no ha presentado las fichas técnicas requeridas, no ha ofertado a todos los productos solicitados y sin embargo ha incluido otros que no han sido relacionados. Asimismo ambas partes destacan que 12 de los productos solicitados y ofertados no cumplen las

características técnicas exigidas por lo que claramente se están incumpliendo los requisitos mínimos exigidos a las ofertas.

A continuación pasa a desarrollar los incumplimientos referidos en 12 tipos de alimentos, de forma individualizada. Obviamos dicha comparativa por razones de extensión de la resolución.

Tecnove en su escrito de alegaciones resume y concreta con maestría la controversia que da origen a este recurso:

“También manifiesta la recurrente que hay 283 productos en el ANEXO IV del ANEXO I del PPT, y no 273 como dice el informe técnico adjunto al acta 62/22. Pues bien, parece que la recurrente no se ha fijado bien en los productos requeridos para esta licitación, y que en el referido anexo hay dos tablas de productos, una de VÍVERES HCSC (259 productos) y otra de PRODUCTOS NO CUANTIFICABLES (24 productos) y, si bien la suma de ambos da como resultado 283 productos, resulta que hay 10 de ellos repetidos en ambas listas, lo que hace que el total sea de 273 productos. Los productos repetidos son:

ACEITE DE GIRASOL ALTO OLEICO
ACEITE OLIVA 0,4º 5L
ALBAHACA SECA
BRANDY 1L
COLORANTE ALIMENTARIO 910G
HARINA 25KG
HARINA FINA DE MAIZ 25KG
HUEVO LIQUIDO PASTEURIZADO 10L
LAUREL FRESCO
PAN RALLADO 5KG

En base a ello, son ciertas las afirmaciones del informe técnico sobre que:

- *TECNOVE S.L. ha presentado el total de productos de la lista: 273.*
- ***La recurrente NO ha presentado 38 productos de la lista, es decir, un 13,9%.***

En dichas listas de productos del ANEXO IV del ANEXO I figura claramente la identificación del producto, en base a la cual se ha analizado cada propuesta y se ha respondido diciendo si cumple o no con ello. A título de ejemplo, si en

dicha lista figura MERLUZA LOMO FRESCA +- 150 G y el que se presenta en la oferta es congelado, no cumple, como tampoco cumple cuando en la lista figura CROQUETA DE POLLO MÍNIMO 10% DE POLLO y se presenta un producto que contiene sólo un 0,3% de pollo. **Negar lo es negar la evidencia.**

Y, como recoge el informe técnico, **de los 138 productos que la recurrente ha presentado de los de la lista, hay 12 que no cumplen con lo requerido en la misma.**

Si en las condiciones del PPT se anexan unas listas con los productos requeridos para la contratación, con unas características, **las ofertas habrán de ser sobre dichos productos y características y no sobre otros que cada licitador estime a su conveniencia, como parece que ha hecho la recurrente, ya que, de ser así, qué sentido tiene publicar listas de productos y sus características**".

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP.

No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Quedando demostrado que el recurrente no ha ofertado todos los artículos descritos en los pliegos de condiciones y documentación anexa y que dentro de los ofertados algunos no cumplen los mínimos exigidos, se desestima el recurso planteado

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Mediterránea de Catering S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación del Director Gerente del Hospital Universitario Clínico San Carlos de fecha 19 de diciembre de 2022, por el que se adjudica el contrato de suministros y

gestión de víveres para la elaboración de dietas para el Hospital Universitario Clínico San Carlos número de expediente PA 2022-4-007.

Segundo.- 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2023 02 14 15:23