

Recurso nº64/2024
Resolución nº 80/2024EL**NOTIFICACIÓN**

Le notifico que, con fecha 29 de febrero de 2024, 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 de la empresa Frutas Hermanos Ruiz Gómez S.L, (en adelante Ruiz Gómez) contra la resolución de fecha 15 de enero de 2024, dictada por el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, por el que se adjudica el contrato y se le excluye de la licitación del contrato de “Suministro de frutas, verduras y cuarta gama para las cocinas del Hospital Universitario La Paz”, expediente 48/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero. - Con fechas 6 y 10 de octubre de 2023, se publicó en el Portal de la Contratación pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 627.360,80 euros y dispone de un plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.



La apertura del sobre de documentación administrativa de las tres empresas tuvo lugar en la sesión de la mesa de contratación de 8 de noviembre de 2023. Calificándose conforme dicha documentación, en la misma sesión, se procedió a la apertura de la documentación técnica.

La apertura de la documentación económica tuvo lugar el día 13 de diciembre de 2023 siendo admitidas todas las empresas excepto Ruiz Gómez por no cumplir con los requisitos establecidos en el PPT en relación a la presentación de muestras que se indica en el apartado 9 del precitado pliego y en base al informe preceptivo de cumplimiento del PPT, emitido por el servicio promotor.

Con fecha 14 de noviembre de 2023, se procede a la publicación en el Portal de la Contratación a la comunicación de entrega de muestras, donde se indica que las muestras se recibirán entre las 9 y las 11 horas del 28 de noviembre de 2023 en la cocina de Maternidad del Hospital Universitario La Paz.

Con fecha 14 de diciembre de 2023 la recurrente, presenta escrito de alegaciones aclaratorias relativas a la exclusión de la misma en el presente procedimiento, solicitando nueva valoración al acto de exclusión. En sesión de la mesa de contratación de fecha 20 de diciembre de 2023 se procede a valorar la solicitud de Ruiz Gómez, reafirmando su exclusión.

Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 15 de enero de 2024 se acuerda la adjudicación a la empresa Vifrusa, que fue notificada el día 16 del mismo mes.

Con fecha 6 de febrero de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación contra su exclusión recogida en la resolución de adjudicación del contrato de referencia, por considerar que la misma no fue ajustada a Derecho.



Tercero. - El 14 de febrero de 2024, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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 el 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

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 que fueron presentadas en plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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. - La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación, conforme al 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 de adjudicación se adoptó el 15 de enero de 2024, siendo notificado al día siguiente, presentándose el recurso el 6 de febrero de 2024, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro 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. - Antes de entrar sobre el fondo del asunto, resulta de interés transcribir las cláusulas de los pliegos concernidas en la resolución del presente recurso.

Cláusula 1.12 del PCAP:

...Medios electrónicos. El licitador deberá incluir en el Sobre nº 1, declaración debidamente fechada y firmada por apoderado, indicando una dirección de correo electrónico a los efectos de practicar en la misma las notificaciones que el Órgano de Contratación deba realizar a resultados del presente procedimiento de contratación (Artículo 140.1.a. 4) de la LCSP).

Asimismo, esta dirección de correo electrónico, tiene que ser obligatoriamente la misma que tengan habilitada para recibir notificaciones a través de la plataforma electrónica (Vortal)...

Cláusula 9 del PPT:

...Muestras

El licitador está obligado también a la presentación de muestras para su valoración. El servicio de Hostelería, por la naturaleza, caducidades y el



carácter perecedero de las muestras que forman el lote, establecerá un horario en un único día para la su entrega.

Una vez finalizado el periodo de presentación de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación el lugar, día y horario en el que deben entregar las muestras, siendo causa de exclusión la falta de cumplimiento de esta obligación. Dicha publicación se realizará con una antelación mínima de una semana al de la entrega. Se indicará también en esa comunicación las muestras seleccionadas a entregar del total de artículos del lote, que corresponderán con artículos de temporada disponibles en el momento de la presentación.

Será también causa de exclusión:

- no cumplir lo indicado en este Pliego de Prescripciones Técnicas para los artículos,*
- no presentar las muestras solicitadas de los artículos,*
- la falta de correspondencia entre las muestras y las fichas técnicas presentadas de los artículos...*

El recurso se fundamenta en la indebida exclusión del licitador ya que no tuvo conocimiento de la fecha y lugar de presentación de las muestras al no haberse notificado dicha circunstancia por el procedimiento previsto en el PCAP.

La causa de la exclusión fue “no cumple el apartado 9.- Documentación Técnica y Presentación de Muestras del pliego de prescripciones técnicas en que se indica que “El licitador está obligado también a la presentación de muestras para su valoración”. Se indica también en el mismo apartado que “Será también causa de exclusión: (...) no presentar las muestras solicitadas de los artículos”. El licitador no ha presentado ninguna muestra en el día y hora establecidos para su entrega”.



Alega que en el CAPÍTULO I, Cláusula 1, punto 12. Del PCAP establece, respecto a la forma de notificación a los Licitadores de las comunicaciones y notificaciones que surjan del procedimiento: *“Medios electrónicos”*: *El licitador deberá incluir en el Sobre n.º 1, declaración debidamente fechada y firmada por apoderado, indicando una dirección de correo electrónico a los efectos de practicar en la misma las notificaciones que el Órgano de Contratación deba realizar a resultas del presente procedimiento de contratación (Artículo 140.1.a. 4) de la LCSP).*

Asimismo, esta dirección de correo electrónico, tiene que ser obligatoriamente la misma que tengan habilitada para recibir notificaciones a través de la plataforma electrónica (Vortal)”.

En base a estas indicaciones, se entiende que las comunicaciones y las notificaciones en el proceso se realizarían por la plataforma electrónica “VORTAL. Sin embargo, en fecha 14 de noviembre de 2023 se notifica mediante el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid la fecha, hora y lugar para la presentación de las muestras; información de necesario y crucial conocimiento para los licitadores, al considerarse la falta de aportación de las muestras como una cláusula de exclusión, como indica la cláusula novena del pliego de prescripciones técnicas, relativa a *“9. documentación técnica y presentación de muestra”*. Esta circunstancia ha causado indefensión y perjuicio por no haberse notificado por el medio previamente establecido, lo que ha provocado que no haya tenido conocimiento de la fecha, hora y lugar de la presentación de muestras, que a la postre ha supuesto su exclusión.

Concluye su defensa alegando que, pese haber presentado una comunicación escrita por su parte al órgano de contratación ante la falta de inclusión de la oferta económica de la ahora recurrente en el listado de ofertas, notificado en fecha 14 de diciembre de 2023, no se ha recibido respuesta a la misma, causando a esta parte una total indefensión y perjuicio, por haber resultado excluida de la



licitación. Y, a mayor abundamiento, tampoco se ha ofrecido por la administración trámite de subsanación, toda vez que los hechos ocurridos se han debido a un error imputable a la misma, habiéndose incumplido, por tanto, la exigencia legal que contempla la LCSP en su artículo 326.2 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el PPT establece que la entrega de muestras se realizará en un único día, debido al carácter perecedero de las mismas y la utilización de cámaras frías que deben ser preparadas y desalojadas de los productos habituales hasta finalizar con la valoración de las mismas, asimismo se publicará esta comunicación en el portal de la contratación con una antelación mínima de una semana al de la entrega de las mismas.

Se puede constatar, de forma inequívoca, que los pliegos hacen referencia exacta de cuando y donde se comunicará el anuncio de la presentación de las muestras, haciendo constar que, se publicará en el portal de la contratación y será cómo mínimo con una antelación de una semana al de la entrega de las misma.

Destaca que el hecho de que la comunicación se publicó en el Portal de la Contratación el día 14 de noviembre de 2023 y la entrega de las muestras se fijó para el día 28 de noviembre de 2023, es decir con una antelación de más de una semana.

Respecto a las alegaciones de que *“que las comunicaciones y las notificaciones en el proceso se realizarán por la plataforma electrónica VORTAL”* y para ello, hace referencia al cuadro expuesto en el apartado 12, de la Cláusula 1, del Capítulo I del PCAP, señala que solo se hace referencia a la debida coincidencia entre la dirección de correo electrónico que debe incluirse en el sobre n.º 1 para licitar y la relacionada en la plataforma VORTAL, esto es debido a que en ocasiones el contenido para notificaciones de la plataforma no ha sido actualizado y puede llevar a equívocos.



Finalmente, considera que no procede la posibilidad de subsanación.

Por su parte, el adjudicatario alega que la solicitud de muestras fue publicada en el Portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid el 14 de noviembre de 2023 a las 10:35). En dicho escrito daban plazo, 10 días hábiles, hasta el 28 de noviembre de 2023 entre las 9:00 y 11:00. Dicha comunicación fue igual para todos los licitadores no pudiendo alegar trato desigual o discriminatorio para la presentación de muestras.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho.

A este respecto hemos de partir del contenido de los pliegos que en lo referente a la presentación de muestras son claros y diáfanos. En efecto, la cláusula 9 del PPT establece que el una vez finalizado el periodo de presentación de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación el lugar, día y horario en el que deben entregar las muestras, siendo causa de exclusión la falta de cumplimiento de esta obligación. Dicha publicación se realizará con una antelación mínima de una semana al de la entrega. Se indicará también en esa comunicación las muestras seleccionadas a entregar del total de artículos del lote, que corresponderán con artículos de temporada disponibles en el momento de la presentación.

El órgano de contratación ha cumplido plenamente la citada cláusula mediante la publicación en el Portal de la Contratación el día 14 de noviembre de 2023 y la entrega de las muestras se fijó para el día 28 de noviembre de 2023, es decir con una antelación de más de una semana exigida por los pliegos.

En nada se ve alterado este cumplimiento por la cláusula aludida por la recurrente que únicamente pretende asegurar la coincidencia de correos electrónicos aportado por la licitadora (*“la dirección de correo electrónico, tiene que*



ser obligatoriamente la misma que tengan habilitada para recibir notificaciones a través de la plataforma electrónica (Vortal)”.

Procede traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato y obligan por igual a los licitadores y al órgano de contratación (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.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.*

La propia cláusula 9 del PPT prevé, de modo expreso, la exclusión del licitador por el incumplimiento de la obligación de presentación de las muestras.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

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 de la empresa Frutas Hermanos Ruiz Gómez S.L, contra la resolución de fecha 15 de enero de 2024, dictada por el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, por el que se adjudica el contrato y se le excluye de la licitación del contrato de “Suministro de frutas, verduras y cuarta gama para las cocinas del Hospital Universitario La Paz”, expediente 48/2023.

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. - Levantar la suspensión para los lotes 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

