

Recurso 129/2018**Resolución 174/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de junio de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EUREST COLECTIVIDADES, S.L.** contra la Resolución, de 15 de marzo de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento del personal que presta sus servicios en turnos de atención continuada en diversos centros sanitarios de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud” (Expte. 0000424/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 31 de agosto de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 7 de septiembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 215.



El valor estimado del contrato asciende a 3.924.720,80 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. Es de aplicación a esta licitación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, rige en la misma lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 15 de marzo de 2018 se dictó resolución de adjudicación del contrato.

La adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente por correo electrónico el 16 de marzo de 2018.

CUARTO. El 9 de abril de 2018, la entidad EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (EUREST, en adelante) presentó en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía escrito de recurso especial en materia de contratación, dirigido a este Tribunal, contra la anterior resolución de adjudicación.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 10 de abril de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el mismo, las alegaciones relativas al mantenimiento de la suspensión instado por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.



La documentación solicitada fue recibida en este Tribunal el 13 de abril de 2018.

SEXTO. El 20 de abril de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 26 de abril de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad LOS BILLARES CATERING, S.L. (LOS BILLARES, en adelante), tras la vista de expediente solicitada y recibida en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 3.924.720,80 euros, que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el



recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”*

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

En el supuesto analizado, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la recurrente el 16 de marzo de 2018, por lo que el cómputo del plazo para interponer el recurso se inició el siguiente día hábil. De este modo, el recurso presentado en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía el 9 de abril de 2018 se ha formalizado en el plazo legal señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta. EUREST insta la anulación de la resolución de adjudicación y funda su pretensión en dos motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, alega que su proposición ha sido indebidamente excluida y que tal



exclusión debe ser anulada.

La causa de rechazo de la oferta de EUREST que consta en la resolución impugnada es el incumplimiento de las características establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), habiéndose comunicado a la recurrente dicha exclusión siguiendo el tenor del informe técnico sobre valoración de las ofertas que señala lo siguiente: “(...) *no aporta fichas técnicas de los postres, considerando no cumple lo requerido en el pliego de prescripciones técnicas, que en su apartado 3.2 establece:*

«Los menús deben ser elaborados en la cocina íntegramente, no se permitirá una elaboración parcial del menú en la cocina y que en el momento de la reconstitución del plato en el centro sanitario se realice la finalización de la elaboración del propio menú (carne o pescado semi-crudo que se termina de cocinar en el proceso de reconstitución). Las comidas se elaborarán siguiendo estrictamente las instrucciones de la “ficha técnica de plato”, que deberá ser presentada por cada uno de los platos ofertados y contendrá la relación de ingredientes y gramajes, procesos de elaboración y fotografía. El plato ofertado y el efectivamente suministrado deberán corresponderse exactamente con la fotografía»

A la vista de lo expuesto esta Comisión técnica considera que la oferta no cumple lo requerido en el pliego de prescripciones técnicas al no presentar ficha técnica de los postres, cuestión que se considera de importancia desde el punto de vista de la seguridad alimentaria sobre todo en postres de tipo lácteo.”

EUREST manifiesta que la ficha técnica solo es exigible para las comidas o productos que requieren un proceso de elaboración en las cocinas del hospital, no siendo necesaria en productos que se presenten como materia prima o cuya elaboración o transformación no se realice en las cocinas. A su juicio, tal conclusión se extrae de la cláusula 3.2 del PPT que se ha transcrito, donde se indica el contenido mínimo de la ficha técnica referido a ingredientes y cantidad, proceso de elaboración y fotografía.

La recurrente señala que ofertó postres industriales que se adquieren como producto terminado a un proveedor y que no requieren elaboración en las cocinas del hospital, teniendo dichos productos un etiquetado con la información que se exige en la ficha técnica. Además, señala que esta circunstancia ya fue advertida a la Administración al remitirle las muestras, indicándole que si aquella lo estimaba necesario, aportaría la



ficha técnica del producto facilitada por los proveedores. Señala, pues, que en ese momento se le podía haber indicado la necesidad de disponer de dichas fichas técnicas.

En su informe al recurso, el órgano de contratación señala que EUREST no ha aportado fichas técnicas de ninguno de los postres que incluye en su “propuesta de menús”, limitándose a relacionar como postres “*fruta del tiempo, lácteo: yogur, flan, natillas etc*”. Por tanto, afirma que, además de la indefinición en la propuesta, tampoco indica la recurrente si los postres son de elaboración propia o no, ocurriendo lo mismo con los postres de la propuesta de menús especiales (peras al vino tinto, tarta selva negra, buñuelos de crema y roscón de reyes).

Asimismo, en cuanto a la comunicación de EUREST a la Administración de que los postres no se elaboraban en sus cocinas si bien aportaría ficha técnica del producto facilitada por los proveedores a requerimiento de aquella, el órgano de contratación indica que la comisión técnica no tuvo en consideración tal comunicación, al haber supuesto ello una subsanación de la oferta técnica.

Finalmente, la entidad LOS BILLARES se opone a este motivo del recurso en su escrito de alegaciones manifestando que las comidas debían ser elaboradas en las instalaciones del adjudicatario, no pudiendo subcontratarse este aspecto del contrato. Asimismo, señala que EUREST no aportó ficha técnica ni fotografía de los postres dejando indeterminada esta tercera parte del menú y que, además, conocía su exclusión desde el 22 de febrero de 2018 en que se celebró la mesa de contratación a la que asistió su representante y donde se dio lectura al informe técnico en que constaba la exclusión de su propuesta.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida. La oferta de EUREST ha resultado excluida por no aportar ficha técnica de los postres e incumplir lo previsto en la cláusula 3.2 del PPT. A tal exclusión se opone la recurrente esgrimiendo que la citada ficha técnica solo es exigible para las comidas o productos que requieren un proceso de elaboración, no



siendo necesaria en productos que se presenten como materia prima o cuya elaboración o transformación no se realice en las cocinas. En tal sentido, manifiesta que ofertó postres industriales que se adquieren como producto terminado a un proveedor y que esta circunstancia ya fue advertida a la Administración al remitirle las muestras, indicándole que si aquella lo estimaba necesario, aportaría la ficha técnica del producto facilitada por los proveedores. Señala, pues, que en ese momento se le podía haber indicado la necesidad de disponer de dichas fichas técnicas.

Para resolver la controversia, hemos de atender al contenido del PPT. La cláusula 2 de dicho pliego establece que *“Se entiende por menú un almuerzo o una cena y cada uno de ellos estará compuesto de: primer y segundo plato, postre (fruta o lácteo), pan del día o roscos/picos de pan, a elección del profesional, bebida no alcohólica con una capacidad mínima de 33 cl. para refrescos y 150 cl. para agua. Cada plato tendrá un gramaje mínimo de 300 gr. del alimento principal”*.

Asimismo, la cláusula 3.2 prevé que *“Las comidas se elaborarán siguiendo estrictamente las instrucciones de la “ficha técnica de plato”, que deberá ser presentada por cada uno de los platos ofertados y contendrá la relación de ingredientes y gramajes, procesos de elaboración y fotografía. El plato ofertado y el efectivamente suministrado deberán corresponderse exactamente con la fotografía”* y la cláusula 7 dispone que *“Las empresas licitadoras deberán aportar una muestra de al menos tres primeros, tres segundos y tres postres, para su degustación y valoración por la comisión técnica del expediente.*

Dichas muestras deberán venir debidamente identificadas y etiquetadas y se presentarán en el mismo formato que se suministre a los centros.

Dichas muestras serán seleccionadas por la comisión técnica designada para la valoración de los criterios no automáticos, de la lista de menús ofertados por los licitadores.

Se depositarán en el lugar y día señalado por la comisión técnica que se constituya para la elaboración del informe técnico, siendo los licitadores informados previamente a tal efecto”.

Por último, el Anexo A al cuadro resumen del PCAP recoge, entre los criterios de adjudicación de evaluación automática, “la propuesta de menús ofertados” previendo



“la valoración del número de platos ofertados por menú completo (primer plato, segundo plato y postre) superando los mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Así pues, los pliegos establecen, de un lado, que un menú completo es el que comprende primer plato, segundo plato y postre, debiendo los licitadores ofertar menús completos en el sentido antes indicado, y de otro, que habrán de acompañar a la oferta la ficha técnica del plato que incluirá, entre otros aspectos, su proceso de elaboración. Se colige, pues, que, tratándose de postres, los licitadores deben precisarlos en su oferta, con indicación de si son de elaboración propia o no, debiendo en el primer caso incluir la correspondiente ficha técnica.

En el supuesto analizado, la oferta técnica de EUREST (sobre 2), al efectuar la propuesta de menús, señala lo siguiente en cuanto a los postres: *“Fruta del tiempo, lácteo: yogur, flan, natillas etc”*. Se observa, pues, que no se señalan postres concretos, utilizándose indebidamente el término “etc” que arroja indeterminación sobre los que integran los menús. Además, tampoco se especifica si los postres lácteos son o no de elaboración propia, ni constan fichas técnicas de los mismos para el primer supuesto.

Esta falta de concreción dificultaba, a su vez, la selección por parte de la comisión técnica de muestras de postres para su degustación en los términos previstos en la cláusula 7 del PPT, pese a lo cual se citó a la recurrente para la cata organoléptica.

Y es entonces, al presentar las muestras solicitadas, cuando la recurrente manifiesta que, a requerimiento de la Administración, aportará ficha técnica facilitada por sus proveedores de aquellos productos no elaborados en sus cocinas, concretamente frutas de temporada y postres lácteos.

Tal secuencia de hechos pone de manifiesto dos circunstancias: que la oferta de menús de EUREST no estaba completa al no especificar postres concretos y que, en un momento posterior a la presentación de las proposiciones, con la finalidad de demostrar que no tenía que aportar fichas técnicas de aquellos en los términos



exigidos por la cláusula 3.2 del PPT, concreta que sus postres lácteos son de origen industrial y no se elaboran en sus cocinas.

A la vista de lo expuesto, la exclusión de la oferta resulta ajustada a derecho, pues ningún dato preciso arrojaba sobre una parte integrante de los menús como es el postre, lo que determinaba que estuviera incompleta. A su vez, la concreción efectuada por la recurrente al presentar las muestras sobre el origen industrial de los postres lácteos es un dato que tenía que haber revelado en el sobre 2 al presentar su oferta, en lugar de hacerlo en un momento posterior, sin que, por otro lado, tal dato hubiera podido servir para completar la proposición, puesto que nada añade sobre los concretos postres que se ofertan.

Así las cosas y no siendo posible completar datos de la oferta una vez transcurrido el plazo señalado para su presentación, por tratarse de una actuación contraria al principio de igualdad de trato (artículos 1 y 139 del TRLCSP) que coloca a un licitador en posición de ventaja respecto al resto, debe desestimarse este primer motivo del recurso.

No se olvide que la posibilidad de subsanación de la oferta técnica -reconocida por este Tribunal y el resto de Órganos de recursos contractuales con apoyo en la Jurisprudencia europea- debe interpretarse de modo que la misma no permita modificar y/o completar la oferta inicial. En tal sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que *“una vez presentada la oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”*, dado que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”*.



SEXTO. En un segundo motivo del recurso, EUREST alega que la oferta de LOS BILLARES debió ser excluida al no aportar ficha técnica del pan, bebida, fruta y yogur.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone a tal alegato señalando que en la proposición de LOS BILLARES consta expresamente que unos postres son de elaboración propia y que otros no lo son, aportando las fichas técnicas de los mismos donde se incluyen veinte postres diferentes con una exhaustiva información en cuanto a clasificación, composición, proceso de elaboración, alérgenos, envasado y etiquetado, condiciones de almacenamiento, transporte, durabilidad y tabla de composición nutricional.

Asimismo, señala que en la propuesta de la adjudicataria consta que el pan es suministrado por un proveedor y que las bebidas son de marcas comerciales, entendiendo la comisión técnica que se trataba de productos industriales. Además, el mismo tratamiento se ha dado a la oferta de la recurrente en cuanto al pan y bebidas al deducirse de su oferta que se trataba de productos industriales y no elaborados.

En sus alegaciones al recurso, la entidad LOS BILLARES señala que el pliego no exigía ficha técnica del pan, al no configurarse como un plato sino como un complemento y que tampoco requería la elaboración de las bebidas en las cocinas. Respecto a los postres, manifiesta que ofertó 20 distinguiendo los de elaboración propia e industrial y acompañando ficha técnica y fotografía.

Pues bien, tal alegato de la recurrente no puede prosperar. El apartado 3.2 del PPT establece que *“Las comidas se elaborarán siguiendo estrictamente las instrucciones de la “ficha técnica de plato”, que deberá ser presentada por cada uno de los platos ofertados y contendrá la relación de ingredientes y gramajes, procesos de elaboración y fotografía. El plato ofertado y el efectivamente suministrado deberán corresponderse exactamente con la fotografía”*.

Como afirma la interesada en su escrito de alegaciones, la ficha técnica se refiere a las



comidas o platos ofertados y no al pan que es un complemento de aquellos. En cualquier caso, el pan ofertado por LOS BILLARES es suministrado por un proveedor concreto (Panificadora Los Alfares, S.L., de la Rambla -Córdoba-), lo que determina, a mayor abundamiento, que no se elabore en sus cocinas ni requiera ficha técnica sobre su proceso de elaboración en los términos señalados en el apartado 3.2 del PPT.

Respecto a las bebidas, cabe decir lo mismo que en cuanto al pan. Aquellas no constituyen una comida sino un complemento, ni son elaboradas en las cocinas de la adjudicataria puesto que se ofertan marcas comerciales. Por tanto, a las bebidas no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado 3.2 del PPT respecto a “la ficha técnica del plato”.

Además, como afirma el órgano de contratación, la recurrente ha recibido el mismo tratamiento que la adjudicataria en cuanto a bebidas y pan, al deducirse de su oferta que se trataba de productos que no eran de elaboración propia.

Finalmente, en cuanto a los postres, una vez examinada la oferta técnica de la adjudicataria, se comprueba que su propuesta contiene variedad de postres y adjunta ficha técnica por cada uno con indicación de los siguientes datos: denominación, clasificación del producto, composición cuantitativa y cualitativa, proceso de elaboración, alérgenos, envasado, etiquetado, condiciones de almacenamiento, condiciones de transporte, destino final y durabilidad.

No se aprecia, pues, en la oferta adjudicataria el incumplimiento del PPT alegado por la recurrente, debiendo desestimarse este motivo de impugnación y con él, el recurso interpuesto.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EUREST COLECTIVIDADES, S.L.** contra la Resolución, de 15 de marzo de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento del personal que presta sus servicios en turnos de atención continuada en diversos centros sanitarios de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud” (Expte. 0000424/2017).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado mediante Resolución de este Tribunal de 20 de abril de 2018.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

