

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alasa Catering S.L., (en adelante Alasa) contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, de fecha 3 de mayo de 2022, por el que se adjudica el contrato de “*servicio de comida a domicilio para personas mayores y dependientes de Móstoles*”, número de expediente C/050/CON/2021/038 S.A.R.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en DOUE el día 12 de enero de 2022 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Móstoles, alojado en la PCSP el 14 de enero 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 1.163.221,84 euros y su plazo de duración será de 2 años.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores entre ellos la recurrente.

Segundo.- A los efectos de resolver el presente recurso interesa destacar la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

“CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO:

La adjudicación del contrato se efectuará mediante la valoración de una pluralidad de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas:

La adjudicación se determinará por tres criterios:

- *Un porcentaje a la baja sobre el presupuesto base de licitación también aplicable al precio unitario del menú.*
- *Mejoras en recursos materiales evaluables mediante fórmulas.*
- *Mejoras técnicas evaluables mediante fórmulas.*
- *Presentación de un Plan de Responsabilidad social Corporativa” (...)*

11.2 Mejoras en recursos materiales: de 0 a 25 puntos

	Descripción	Puntuación
1	<p>Se valorará la aportación por el licitador de frigoríficos, microondas y cubiertos adaptados, en depósito para aquellos usuarios que no dispongan de los mismos. Se deberá identificar marca y modelo que tendrán al menos las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Frigoríficos: 1 punto por cada aparato (máximo 10 unidades) <ul style="list-style-type: none"> • Clasificación energética: A+ • Altura máxima 1,60 metros. • Tipo: dos puertas • Capacidad máxima: 250 litros <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cap. Refrigerador: 200 litros ✓ Cap. Congelador: 50 litros • Garantía: mínima 2 años - Microondas: 0,2 puntos por cada aparato (máximo 25 unidades) <ul style="list-style-type: none"> • Capacidad: 20 litros • Tipos descongelación: por tiempo y por peso • Potencia máxima: 800 W 	<p>1 punto por cada Frigorífico con un máximo de 10 unidades (10 puntos).</p> <p>0,2 puntos por cada microondas con un máximo de 25 unidades (5 puntos)</p> <p>0,05 puntos por cada juego de cubiertos adaptados con un máximo de 100 cubiertos (5 puntos)</p>

	<ul style="list-style-type: none"> • Nº potencias. 5 • Alimentación: Red • Garantía: Mínima 2 años. <p>- Cubiertos adaptados</p> <p>Se consignará declaración responsable detallada por unidades junto con el modelo de oferta económica.</p>	
2	<p>Entrega a todos los usuarios del servicio de un documento/propuesta de menú diario de cenas que complementen los menús entregados para la comida</p> <p>Se formulará compromiso/declaración responsable junto con el modelo de oferta económica</p>	5 puntos

11.3 Mejoras técnicas. De 0 a 20 puntos

	Descripción	Puntuación
1	<p>Mayor variedad en los tipos de dietas: Capacidad de elaborar dietas personalizadas en función de las necesidades que presenten los usuarios, además de las contempladas como básicas en el PPT.</p>	
	10 o más tipos de dietas personalizadas	10 puntos
	Entre 6 y 9 tipos de dietas personalizadas	5 puntos
2	<p>Rotación de menús que garanticen una diversidad de platos: por encima de la rotación mínima establecida en el PPT.</p>	
	Diferentes menús para 6 semanas	10 puntos
	Diferentes menús para 5 semanas	7 puntos
	Diferentes menús para 4 semanas	5 puntos

12.4 Presentación de un Plan de Responsabilidad Corporativa (de 0 a 5 puntos)

	Descripción	Puntuación
1	<p>Aportación de un Plan de Responsabilidad Social Corporativa que recogerá: inserción socio-laboral de personas en situación de exclusión social y/o personas con diversidad funcional, el fomento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en mantenimiento y calidad del empleo, la mejora de la capacidad profesional en el puesto de trabajo, la salvaguarda y de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral, el comercio justo, medidas</p>	5 puntos

<i>medioambientales y de sostenibilidad o la mejor accesibilidad de personas con diversidad funcional</i>	
---	--

(Este Tribunal advierte un error en la numeración de los apartados 11.2. y 11.3 que deberían ser 12.2 y 12.3).

Tras la oportuna tramitación del expediente de licitación se adjudica el contrato a Unión Castellón de Alimentación UCALSA S.A.

Tercero.- El 2 de junio de 2022 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Alasa en el que solicita la nulidad de la adjudicación y la valoración de su oferta conforme a lo señalado en el PCAP.

El 9 de junio de 2022 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), junto con el recurso especial planteado por Alasa.

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. Dentro del plazo otorgado, Unión Castellón de Alimentación UCALSA S.A. se dirige a este Tribunal a fin de comunicar su decisión de no presentar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 clasificada en tercer lugar no obstante lo cual *“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 el 3 de mayo de 2022, practicada la notificación el 12 de mayo de 2022, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 2 de junio de 2022, 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 servicios 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 el recurrente manifiesta su disconformidad con la valoración de su propuesta, toda vez que, en aplicación de los pliegos de condiciones, ha procedido a ofertar tanto el depósito de refrigeradores como de microondas a los usuarios, así como la admisión de menús rotatorios cada seis semanas. Considera que el momento de presentación de dichos menús es a la firma del contrato, no en la propuesta siendo válido este mismo criterio para el Plan de Responsabilidad Corporativa.

El recurrente apela al artículo 126.6 de la LCSP para considerar que la marca y modelo de los electrodomésticos no es vinculante a la oferta.

El órgano de contratación basa su defensa en el informe técnico de valoración de las ofertas y en la doctrina que considera a los pliegos como ley del contrato consagrada asimismo en el artículo 139.1 de la LCSP.

El ya nombrado informe técnico de valoración establece, en la parte que nos interesa, que tanto la recurrente como las empresas Axial Mediterránea S.L. como Milhistorias S.L., obtienen cero puntos en el apartado 12.2 por no aportar la marca y modelo de los electrodomésticos.

Añadiendo el informe del órgano de contratación: *“En cuanto a la posible aplicación del artículo 126.6 LCSP, poner de manifiesto que no existe una imposición en los pliegos de una marca o modelo concreto, sino determinar qué mejora vincula al licitador. Cuál es la marca y modelo del frigorífico y microondas que debe aportar el licitador, en el supuesto de ser el adjudicatario.*

Nuestra defensa de la mejora pivota en dos sentidos, la primera que las especificaciones técnicas de la marca y modelo están debidamente justificadas en el expediente de contratación y tienen relación con el objeto del contrato, y la segunda que se encuentran dentro de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación”.

Invoca distintas resoluciones y sentencias sobre la discrecionalidad técnica de la que gozan los órganos de contratación a la hora de determinar sus necesidades de y la valoración de las propuestas.

Por último, indica: *“En conclusión, las mejoras incluidas en los pliegos no fueron impugnadas, y que las mismas no imponen una marca o modelo, sino que su finalidad es saber, cual es la marca y modelo que el licitador va proponer como oferta para ser valorada por el Técnico.*

En ningún momento se impone marca o modelo para ser ofertado, sino que el licitador debe aportar cual va a ser su mejora”.

Vistas las posiciones de las partes y especialmente el último párrafo transcrito del informe del órgano de contratación, nos encontramos ante una realidad cada vez más frecuente en la que se confunden las naturalezas de los criterios de valoración sujetos a juicio de valor y los valorables de forma automática.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de los criterios evaluables automáticamente, que son aquellos que no precisan de conocimientos técnicos ni comprobaciones, aquellos que cualquier miembro de la mesa de contratación puede valorar sin precisar especiales conocimientos y que vienen reduciéndose en su formulación a la dicotomía si/no, número de unidades y porcentajes principalmente.

Cuando un criterio de valoración automática precisa de una comprobación previa se transforma en un criterio sujeto a juicio de valor.

En el presente caso, el PCAP viene a establecer de forma clara la puntuación que se obtendrá por ceder el uso de determinados electrodomésticos que han sido definidos de forma general de conformidad con el artículo 126.6 de la LCSP.

Añade la cláusula 12.2 la necesidad de aportar la marca y modelo de dichos electrodomésticos a fin de que en ejecución del contrato no varíe la mejora propuesta. Pero ni la marca ni el modelo variarán la puntuación obtenida que obedece al número de electrodomésticos a ceder.

Hasta aquí el PCAP mantiene una redacción acorde con la legislación vigente el problema se plantea cuando se elabora el informe técnico que es asumido por la mesa de contratación y sirve para calificar y clasificar las ofertas.

En este momento la aportación de marca y modelo se convierte en preceptiva y su omisión conlleva a la no puntuación de la mejora, es decir, los técnicos convierten un criterio de valoración automática en un criterio de valoración sujeto a juicio de valor.

Separándose radicalmente de lo establecido en los pliegos de condiciones que como bien expresa el órgano de contratación en su informe deben considerarse *lex contractus*, pero como tal esa vinculación afecta a todas las partes, es decir, no solo a los licitadores sino también al órgano de contratación.

El mismo argumento es aplicable al momento de entrega de los menús rotatorios solicitados. Sin embargo no podemos aplicar el mismo criterio al plan de responsabilidad corporativa, toda vez que ese documento si es de obligada entrega en el momento de formular la oferta, aunque no se detengan a analizar su contenido para su calificación.

Una vez llegados a este punto, es indudable que tres empresas no han aportado la marca y modelo de los electrodomésticos objeto de la mejora, datos que sin duda no forman parte de la propuesta, sino que su función es asegurar que la ejecución del contrato coincide con la oferta propuesta, por lo que corresponde determinar si dicho defecto puede ser subsanado.

En cuanto a la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la oferta

de los licitadores, este Tribunal, en consonancia con la doctrina u la jurisprudencia, viene aplicando, con carácter general, un criterio antiformalista, si bien el análisis debe realizarse casuísticamente, analizando las circunstancias que concurren en cada caso.

Con carácter general, la JCCA viene entendiendo, valga el informe 18/10, de 24 de noviembre, que:

“Se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia 2415/2015 que:

“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012)”.

Por su parte, el TACRC en su Resolución 639/2020, de 21 de mayo señalaba:

“En el caso que nos ocupa, la omisión se aprecia en la documentación aportada con la oferta económica, de modo que la posible subsanación, como refleja la doctrina ut supra, ha de ser aplicada con suma cautela, erigiéndose como límite infranqueable la modificación de la oferta. Es cierto que la concesión a las recurrentes de un trámite

de subsanación les habría permitido justificar, en los términos que los pliegos indican, las circunstancias que forman parte de su oferta y que son valoradas para la adjudicación del contrato, pues así se deduce de la documentación que acompaña al recurso interpuesto, consistente en certificaciones nominativas que acreditan la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato en obras en las que se desarrollan trabajos análogos a los que conforman el objeto del contrato de referencia. La cuestión fundamental estriba en determinar si dicha subsanación supondría una modificación de la oferta; en este caso la proposición presentada inicialmente por las recurrentes mencionaba la experiencia de sus trabajadores, aportándose con el Sobre Nº 3 la documentación con la que pretendía acreditarse, siendo patente su voluntad de que fueran objeto de valoración, por lo tanto, la simple acreditación de dicha experiencia, ya reflejada en la propuesta, no modificaría en forma alguna los términos de la oferta, esta permanecería inalterable, pues no se añade o incorpora ningún elemento a la misma, sino que se limita a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial.

De conformidad con el mencionado principio antiformalista, así como la aplicación que viene realizando del mismo la propia Administración, entiende este Tribunal que la Mesa de Contratación debería haber concedido trámite de subsanación a la UTE recurrente cuya documentación tendente a acreditar las condiciones relativas a la cualificación y experiencia profesional del personal adscrito al contrato, adolecía de defectos formales en los términos expuestos, admitiéndose tal subsanación siempre y cuando la oferta presentada permanezca inalterable.

Por consiguiente, debemos estimar este primer motivo del recurso por entender contrario al criterio antiformalista la no concesión a la UTE recurrente de un trámite para subsanar los defectos de acreditación advertidos en su oferta”.

De la jurisprudencia y de la doctrina mencionada se puede colegir que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones.

En el caso que nos ocupa se cumplen las condiciones anteriormente descritas y además su aceptación no modifica la oferta presentada, ya que como hemos venido manifestando a lo largo de este fundamento quinto, la mejora que nos ocupa se valora por el número de electrodomésticos a ceder y no por su marca o modelo, mismo razonamiento vale también para la mejora consistente en rotación de menús.

Por todo ello se estima parcialmente el recurso planteado, ordenando la anulación de la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento de apertura de las ofertas, procediéndose a solicitar la subsanación de la documentación sobre marca y modelo del criterio de mejora 12.2 y menús rotativos del criterio 12.3 a todos los licitadores que no hayan presentado dicha información, tras lo cual se procederá a valorar las ofertas conforme se establece en el PCAP y se continuará el procedimiento de licitación hasta su formalización.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alasa Catering S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, de fecha 3 de mayo de 2022, por el que se adjudica el contrato de *“servicio de comida a domicilio para personas mayores y dependientes de Móstoles”*, número de expediente C/050/CON/2021/038 S.A.R.A., anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas de conformidad con lo expuesto en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

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.