

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

En Madrid, a 25 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Vifrusa, S.L., contra la Resolución dictada por el Director Gerente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el 4 de diciembre de 2023, por la que se adjudica el Lote 1 del contrato de “Suministro de alimentos perecederos para atender las necesidades de los pacientes en el Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente 2023000053, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 21 de agosto de 2023, se publicó, respectivamente 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 2.929.337,50 euros y dispone de un plazo de ejecución de 12 meses.

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

En sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de octubre de 2023, se procedió a abrir el sobre nº 2 relativo a la apertura de la documentación relativa a criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor del procedimiento abierto y se verificó la inclusión de la documentación requerida en el pliego para la comprobación del cumplimiento técnico y la valoración de los criterios evaluables por aplicación de fórmulas.

Igualmente, en relación con la solvencia técnica requerida, se acordó solicitar a todos los candidatos que presentaran el certificado ISO 9001 o una declaración responsable de estar en posesión del mismo.

En la sesión de mesa de contratación de fecha 18 de octubre de 2023, se procede a la lectura del informe técnico emitido por el Servicio de Hostelería, así como de la puntuación obtenida por las empresas en la valoración de los criterios sometidos a un juicio de valor. En la misma sesión de la mesa de contratación se procedió a abrir el sobre nº 3 relativo a las proposiciones económicas y criterios evaluables por aplicación de fórmulas del procedimiento abierto y se verificó la inclusión de la documentación requerida en el pliego para la comprobación del cumplimiento técnico y la valoración de los criterios evaluables por aplicación de fórmulas.

En fecha de 25 de octubre 2023, la mesa de contratación procede a la lectura del informe emitido para la valoración final de todas las ofertas, y de la documentación examinada se concluye que ha obtenido la mejor puntuación la empresa Frutas Hermanos Ruiz-Gomez, S.L., en el Lote 1.

En sesión de mesa de contratación de fecha 29 de noviembre de 2023, se hace lectura de la documentación requerida para subsanar documentación acreditativa presentada por el propuesto como adjudicatario considerándose correcta, por lo que se acordó proponer la adjudicación del contrato a favor de la mencionada empresa Frutas Hermanos Ruiz-Gomez, S.L.

La Resolución de adjudicación fechada el 4 de diciembre del 2023, fue notificada a todas las participantes en el procedimiento el 5 de diciembre.

Con fecha 27 de diciembre de 2023, se presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de referencia por considerar que la puntuación otorgada a su oferta fue incorrecta.

Tercero.- El 4 de enero 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 para el Lote 1 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 (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, siendo presentadas con fecha 19 de enero de 2024 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 participante en 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 24 de noviembre, siendo notificado día 27 del mismo mes e interpuesto el recurso el 20 de diciembre, 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.- El recurso se fundamenta en la indebida valoración de su oferta al no haberse aceptado la documentación presentada para acreditar la ISO 14001, incluida dentro de los criterios de valoración evaluables de forma automática con un punto, sin haberle concedido además posibilidad de subsanación.

A su juicio, es obvio que, el documento que Vifrusa, S.L., (en adelante VIFRUSA) presenta en su oferta, es de su titularidad porque es ella la que está certificada con el número 1227/22 y si ello ofrece dudas al órgano de contratación se podría resolver con una simple consulta, al igual que se hizo en la ISO 9001 y fue admitida, o a la entrega de la documentación solicitada por el artículo 150.2 de la LCSP, si hubiese sido adjudicataria. Es evidente que dicha aclaración no supone ni alteración de la oferta ni falsea la competencia y en cambio la no aceptación contraviene el principio de libre competencia. Se trataría de un error en la presentación de una documentación incompleta susceptible de aclaración o subsanación de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia.

En base a lo anterior, solicita que se anule la resolución de adjudicación recurrida, se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas admisibles, incluyendo en todo caso la oferta del aquí recurrente y que se tenga por efectuada y válida la declaración, formal y responsable, de VIFRUSA, corrigiendo así la certificación presentada de la ISO 14001, en cuanto a que está certificada conforme a la norma UNE-EN ISO 14001:2015 con certificado número 1217/22, desde el 23/12/2022.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, el día 6 de diciembre de 2023 a través de la herramienta Mensajes de la plataforma electrónica VORTAL, la recurrente señala que la mesa ha incurrido en un error en la asignación de puntuaciones que alteran el sentido de la Adjudicación. Indica en el escrito presentado ante el órgano de contratación que a su parecer *“(...) Se le otorgaron 0 puntos, ya que no se tuvo en cuenta la presentación por parte de esta, de la ISO 14001:2015 (se adjunta a este escrito de nuevo) adjuntada en la documentación del sobre tres y, por tanto, la puntuación debe de ser de 1 punto en dicho apartado lo que haría un total de 88 puntos (...)”*.

Se contesta al licitador que el certificado ISO 14001:2015 presentado en la documentación durante el plazo de presentación de ofertas carece de datos de la empresa, alcance y validez del documento, por lo que, a efectos de su valoración en el momento de apertura de las ofertas, no pudo ser admitido como tal. Igualmente, se le contesta que el certificado ISO 14001:2015 que presenta la recurrente el 6 de diciembre sí contiene los datos necesarios para ser considerado válido, sin embargo, la documentación que no se aportó en los sobres en el plazo de presentación de ofertas, no se puede admitir fuera de plazo.

Con fecha 13 de diciembre y nuevamente a través de la plataforma VORTAL la recurrente reconoce que el *“(...) certificado ISO 14001:2015 efectivamente carece de datos de la empresa, entidad acreditadora, alcance y validez del documento al igual que ocurría con la ISO 9001 y efectos de su valoración en el momento de apertura de*

las ofertas para la ISO 9001 pidieron aclaraciones, que fueron admitidas y no así para la ISO 14001 que se encontraba en la misma situación que la 9001.

Siendo más importante para no ser excluidos la 9001 que la 14001, no tiene sentido que para una pidan aclaración y para la otra no.

VIFRUSA está certificada en las ISO 9001 y 14001 desde diciembre de 2022 y por una empresa acreditada por ENAC. Tenga por presentada”.

A este respecto, el órgano de contratación manifiesta que a los efectos de comprobación de la solvencia profesional de los licitadores presentados, se solicitó el certificado ISO 9001, o declaración responsable, que posteriormente es acreditado por el seleccionado adjudicatario, como así se recoge en los pliegos que rigen para el procedimiento.

Cosa distinta es la valoración de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en cuyo caso, la recurrente aportó un documento que refiere como ISO 14001:2015, que sin embargo carece de validez alguna por los motivos ya explicados, y además no es subsanable por cuanto que la valoración de ofertas se hace de forma conjunta y en igualdad de condiciones con todas las ofertas presentadas y descriptadas en ese momento.

Concluye su alegato señalando que la mesa de contratación del Hospital admite la subsanación de documentación administrativa y toda aquella documentación acreditativa solicitada al licitador propuesto como adjudicatario partiendo de la premisa que esta acción no vulnera los derechos de la concurrencia, ni perjudica a terceros, y sin embargo, permite a los licitadores corregir aquellos defectos en la forma de presentar la documentación, que efectivamente la jurisprudencia admite como tal. Sin embargo, no es práctica habitual de este órgano de contratación solicitar subsanación de documentación técnica evaluable de forma automática mediante fórmulas, especialmente cuando el Servicio promotor y/o comité evaluador crea, sospeche o intuya que un documento presentado en un sobre encriptado carece de información

relevante, porque esto vulnera totalmente los derechos de los licitadores que diligentemente han aportado su documentación de forma correcta.

Por su parte, el adjudicatario manifiesta su total disconformidad con el recurso, entendiéndolo que la resolución impugnada es conforme a Derecho.

Se adhiere plenamente a las argumentaciones del órgano de contratación, basando su defensa en la aplicación del principio de igualdad de trato y de la sujeción de los licitadores a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la documentación presentada por la recurrente respecto al criterio de valoración debió ser considerada suficiente o, en su caso, debió solicitarse la subsanación de la misma.

Respecto a la subsanación de la documentación acreditativa de los criterios de valoración, este Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones, valga por todas la Resolución 490/2021, de 21 de octubre en la que decíamos: *“Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar la doctrina asentada respecto a la subsanación. Respecto a la subsanación de defectos o errores que afecten a la documentación administrativa se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia un criterio unánime favorable, admitiendo la absoluta subsanabilidad. Sin embargo el criterio ha sido mucho más restrictivo respecto a la subsanación de los defectos de las proposiciones económicas o técnicas. No obstante, ninguna disposición establece la prohibición de subsanación. En este sentido, el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, se refiere únicamente a la subsanación de defectos de la documentación administrativa, de lo que no deriva necesariamente la interdicción de la subsanación de las propuestas económicas y técnicas, aunque si debe utilizarse como un criterio interpretativo restrictivo de dicha posibilidad.*

La eficiencia en la asignación del gasto público y la adjudicación a la oferta de mejor relación calidad precio, no deben ceder ante criterios formalista o rigoristas en la gestión de las licitaciones públicas. Solo en aquellos casos en que se produzca una evidente vulneración de los principios de la contratación pública debería quedar postergada. En definitiva, no se debe limitar la concurrencia, que sin duda favorece el interés público, al permitir conseguir la mejor oferta en relación calidad precio, por un formalismo claramente subsanable.

En este sentido la Resolución del TACRC 217/2019, de 1 de abril ‘Dicho esto, sin embargo, este Tribunal no puede compartir las tesis de la recurrente, que se basan en una interpretación marcadamente formalista de la normativa de contratación.

Antes bien, la solución alcanzada por la Mesa, concediendo un trámite de subsanación consistente en que se aportaran los datos ya incorporados en el sobre “B” necesarios para la evaluación de la oferta técnica –solo y exclusivamente estos datos- es respetuosa con los principios generales que resultan del TRLCSP. Éste consagra en su artículo 1 el principio de igualdad de los licitadores, pero también el de concurrencia -que aboga por la admisión del mayor número de aquéllos- así como el de eficiencia en la asignación de recursos públicos y el de la búsqueda de la oferta más ventajosa económicamente. En particular, estos dos últimos resultan incompatibles con la negativa a evaluar parte de las ofertas en razón de meros defectos formales, fácilmente subsanables, cercenando el contenido verdadero de las proposiciones formuladas por los candidatos y evaluándolas de una manera que implica prescindir de la realidad de aquéllas.

En el caso que nos atañe, las dos compañías a las que se les concedió la oportunidad de subsanar habían detallado en el sobre “C” las mejoras y los medios materiales de sus ofertas, al tiempo que advertían que la cuantificación económica de tales extremos se contenían en el sobre “B”. En este estado de cosas, lo relevante no es si la lectura que aquéllas hicieron de los Pliegos, es o no correcta, sino si, simplemente, sentado que las mismas incurrieron en un error, la oportunidad de corregirlo que se les dio es ajustada a Derecho. Y a esta cuestión debe darse una

respuesta afirmativa y, más aun, debe ser elogiada por la forma de respetar todos los principios e intereses en conflicto, pues, al tiempo que se aseguraba la separación entre la evaluación de la oferta técnica y económica, manteniendo el secreto de ésta hasta que hubiera concluido la primera, permitía valorar el contenido real de la proposición técnica. No hay riesgo alguno de haber propiciado estratagemas poco limpias ni la oportunidad de rehacer o modificar las ofertas.

Tampoco, en fin, puede hablarse de una vulneración del artículo 83.6 RGLCAP, que impide a la Mesa hacerse cargo, con ocasión de las aclaraciones que pueden interesarse antes de la apertura de las proposiciones, de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de presentación de ofertas o el de subsanación de defectos u omisiones en la documentación administrativa prevista en el artículo 81.2 RGLCAP, desde el momento que, en puridad, la documentación que se les permitió aportar ya obraba en el expediente de licitación’.

También en su Resolución 898/2016, de 4 de noviembre, refiriéndose a la jurisprudencia del T.S. ‘Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004- y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya

citadas de 21 de septiembre de 2004 – Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-)”.

Por tanto, el análisis del caso que nos ocupa, al tratarse de una subsanación las ofertas técnicas o económicas presentadas, debe realizarse bajo el prisma de esa excepcionalidad.

Además, para cualquier análisis se debe partir de lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP que establece: *“1. 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”.*

Procede destacar que la cláusula que recoge los criterios de valoración controvertidos es clara y diáfana, sin que exista la menor duda de la documentación acreditativa que los licitadores deben acompañar. La cláusula 8.2.1 de PCAP señala que *“la documentación correspondiente al criterio 8.2.1 deberá incluirse en el sobre nº 3. Descripción.....Certificado UNE EN ISO 14001:2015 ‘Sistemas de Gestión Ambiental’ en vigor, emitido por entidad ENAC o equivalente”.*

La documentación presentada, que, además, como señala el órgano de contratación, fue presentada en el sobre nº 2 en lugar de en el nº 3 como exige el pliego, carece de datos de la empresa, alcance y validez del documento, por lo que su subsanación requeriría la presentación de un nuevo documento, no la mera corrección o aclaración del presentado. Se trata de una fotocopia ampliada, donde aparecen unas siglas de la entidad certificadora acompañadas de una numeración, careciendo de cualquier valor probatorio.

Como señalábamos en nuestra Resolución 476/2022, de 22 de diciembre: *“En segundo lugar, del análisis de la oferta presentada, se observa que el recurrente se limita a rellenar los datos de distancia y capacidad de producción en el modelo de proposición, sin incluir la más mínima documentación adicional acreditativa de su oferta.*

En tercer lugar, hay que reseñar que nos encontramos en una fase competitiva de la licitación, referida a la valoración de las ofertas, por lo que hay que ser extremadamente cauteloso para evitar una vulneración del principio de igualdad de trato, de modo que se pueda permitir subsanar o aclarar lo ya presentado, teniendo siempre como límite la imposibilidad de modificación de la oferta, sin que se pueda afirmar lo mismo respecto a lo no presentado.

En cuarto lugar, la aplicación de un criterio antiformalista debe apreciarse siempre que el licitador haya actuado con diligencia, ya que no se debe primar a un licitador no diligente frente al que se esfuerza por cumplir escrupulosamente las exigencias de los pliegos”.

A este respecto, tampoco se puede apreciar que el licitador haya actuado con la debida diligencia, ya que la documentación exigida era clara y en su lugar presentó una documentación que no acreditaba los extremos exigidos.

Por todo lo anterior, 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 Vifrusa, S.L., contra la Resolución dictada por el Director Gerente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el 4 de diciembre de 2023 por la que se adjudica el Lote 1 del contrato de “Suministro de alimentos perecederos para atender las necesidades de los pacientes en el Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente 2023000053.

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 automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el Lote 1.

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.