

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

En Madrid, a 8 de enero de 2020.

VISTO el escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Frutícolas Ateca, S.L. (en adelante, FA), contra la Resolución de adjudicación del Director Gerente del Hospital Dr. R. Lafora, de 14 de noviembre de 2019, en la que se excluye a la empresa del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro de frutas y verduras para el Hospital Dr. R. Lafora”, número de expediente: A/SUM-022478/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de septiembre de 2019 se publicó en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, y un valor estimado de 208.648,92 euros, para un plazo de ejecución de 12 meses prorrogable hasta un máximo de 24 meses.

Segundo.- A la licitación de referencia han concurrido cuatro empresas licitadoras, entre ellas la recurrente.

Con fecha 15 de octubre de 2019 la Mesa de Contratación del Hospital Dr. R. Lafora procede a la apertura de la documentación administrativa solicitando subsanación de la documentación presentada a todas las empresas licitantes, concretamente a la recurrente se le solicita la siguiente:

“1. Habilitación Empresarial:

- *Certificado de Autorización para vehículos que transporten mercancías perecederas (ATP), según legislación vigente.*
- *Acta de inspección o documento acreditativo de tener implantado y vigente el sistema de autocontrol y control de puntos críticos (APPCC)”*

El 22 de octubre de 2019, previamente a la apertura en acto público del sobre de Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se procede a la revisión de la documentación aportada por las empresas en respuesta al requerimiento de subsanación. Las empresas Vifrusa, S.L y FA presentan documentos de la empresa consultora externa Microbal Asesora Alimentaria, S.L. indicando que tienen implantado el sistema de autocontrol y control de puntos críticos (APPCC) de fechas 01/10/18 y 18/07/2017, respectivamente, sin que la mesa pueda determinar si están en vigor como se exige en la cláusula 1.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por lo que acuerda su exclusión.

Con fecha 14 de noviembre de 2019 el órgano de contratación resuelve adjudicar el contrato de suministro a la empresa Guada–Afrut, S.L., a propuesta de la mesa de contratación de 7 de noviembre, notificándose a todos los licitadores el 22 de noviembre de 2019.

Tercero.- Con fecha 10 de diciembre de 2019 se ha recibido en este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de la

representación de FA solicitando se anule la Resolución recurrida, en particular la declaración de exclusión, y se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas, incluyendo la oferta de la recurrente.

Cuarto.- Con fecha 13 de diciembre de 2019 este Tribunal recibió del órgano de contratación el expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados debido a que no van a ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el Artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- 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, 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 solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

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, por el que se crea el Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para impugnar el procedimiento de adjudicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, por tratarse de una empresa excluida del procedimiento de licitación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido el 10 de diciembre de 2019 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.c) y d) de la LCSP, pues la exclusión se notificó con la adjudicación del contrato.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión notificada en el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) y c) de la LCSP.

Quinto.- En primer lugar interesa destacar a efectos de resolver este recurso las siguientes cláusulas del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rigen el contrato:

“Cláusula 1. Características del contrato

(...)

5.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: Sí

Tipo:

- 1. Certificado de inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos (RGSEAA), en la clave que les sea de aplicación para la ejecución del contrato.*
- 2. Certificado de Autorización para vehículos que transporten mercancías perecederas (ATP), según legislación vigente.*
- 3. Se aportará acta de inspección o documento acreditativo de tener implantado y vigente el sistema de autocontrol y control de puntos críticos (APPCC)”*

“Cláusula 6. Capacidad para contratar y criterios de selección de las empresas.

Podrán optar a la adjudicación del presente contrato (...)

Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, se especifica en el apartado 5 de la cláusula 1. (...)”

“Cláusula 13. Actuación de la Mesa de contratación.

Finalizado el plazo de admisión de proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación, con objeto de proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen.

Una vez examinada la documentación aportada, la Mesa determinará las empresas admitidas a licitación, las rechazadas y las causas de su rechazo, según proceda. (...)”

En cuanto al fondo del asunto la recurrente manifiesta que aporta un documento acreditativo de la implantación del sistema del año 2017 por ser este el año en el que la consultora externa MICROBAL, junto con responsables de la empresa, desarrollaron e implantaron el sistema de Análisis de Peligros y Puntos

Críticos de Control (APPCC). La fecha de expedición del documento no puede ser en si misma determinante de la no vigencia del sistema de autocontrol y control de puntos críticos, por lo que, si existían dudas en la mesa de Contratación sobre la vigencia del mismo, debió solicitar la aportación de la documentación justificativa, complementaria, que considerase necesaria a tal efecto.

Asimismo alega que no hay una previsión normativa o disposición legal que determine la vigencia de tener implantado un sistema de APPCC, el Reglamento (CE) nº 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativo a la higiene de los productos alimenticios, en su artículo 5 obliga a la creación, aplicación y mantenimiento de un sistema de APPCC, pero la vigencia del sistema la determinarán las Autoridades competentes en materia de Sanidad y Salud Pública con sus inspecciones periódicas. Además la vigencia del sistema no es un criterio de valoración al amparo del artículo 145 de la LCSP. FA ha atendido la solicitud de presentar el documento acreditativo de haber desarrollado y tener implantado dicho sistema, y no cabe deducir que no está vigente puesto que la vigencia la determinan las distintas visitas de control que efectúan los técnicos con la revisión de las Buenas Practicas de Manipulación y la documentación referente a los planes que conforman el manual APPCC.

Por último señala que en el punto 5 de la cláusula 1 del PCAP además del documento acreditativo del APPCC, solicita Certificado de inscripción en el RGSEAA y se presentó uno que data del año 2012 sin generar dudas en la Mesa sobre su vigencia, y concluye indicando que se vulnera el procedimiento contenido el artículo 140.3 de la LCSP, por cuanto no se solicitan los documentos justificativos que consideren necesarios para disipar las dudas sobre la vigencia del sistema de APPCC, antes de resolver la adjudicación del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación informa que el examen de la cuestión debe realizarse teniendo en cuenta las exigencias de los pliegos que rigen la licitación, que no han sido impugnados por la recurrente. El PCAP previene la

necesidad de acreditar la habilitación profesional o empresarial para la realización del contrato mediante la presentación del APPCC, entre otras habilitaciones, requisito necesario para que la empresa preste el suministro de frutas y verduras. El recurrente debería haber impugnado el PCAP si tal y como fundamenta en su punto primero “no hay una previsión normativa o disposición legal que determine la vigencia de tener implantado un sistema de APPCC”. Asimismo manifiesta que las empresas Guada-Alfrut, S.L y Frutas Hnos. Ruíz Gómez, S.L. presentan, respectivamente, certificados y actas de inspección actuales de tener implantado y vigente la habilitación empresarial.

En cuanto a la vigencia del sistema alega que desde julio de 2017 se habrán realizado revisiones, tanto por su consultoría externa como de las autoridades pertinentes, en las que se certifiquen que los establecimientos alimentarios ponen en práctica y mantienen actualizado un sistema de autocontrol cuyo cumplimiento es obligatorio por parte de todas las empresas del sector alimentario y cuyo objetivo es obtener alimentos seguros para la salud del consumidor. La empresa debería haber aportado las acreditaciones de esas consultorías o actas de inspección, habiendo tenido dos oportunidades para ello una en el sobre de la documentación administrativa y otra con el requerimiento de subsanación.

En cuanto a la manifestación del recurrente de que el certificado del RGSEAA data del año 2012 sin dudar de su vigencia, el hospital informa que el literal del PCAP exige certificado que acredite la inscripción en dicho Registro, no la vigencia del mismo, a diferencia del sistema de APPCC que exige la aportación de acta de inspección o documento acreditativo de tener implantado y vigente el sistema, habiendo acreditado la empresa exclusivamente su implantación. Además no se puede comparar con el requisito de vigencia del sistema de APPCC ya que el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, implica según su artículo 5 que las empresas registran el principio de la actividad y las modificaciones en la comercialización de los productos alimenticios, o cuando se den circunstancias como el cese de la actividad.

El órgano de contratación concluye que no se vulnera el procedimiento contenido en el artículo 140 de la LCSP, puesto que la recurrente no presenta correctamente la habilitación empresarial en el sobre de documentación administrativa, y aporta un certificado que no se ajusta a lo solicitado en la cláusula 1.5 el PCAP en el plazo de subsanación concedido.

Este Tribunal constata, de lo actuado en el expediente administrativo y de lo alegado por las partes, que el órgano de contratación ha concedido el plazo de subsanación previsto en la cláusula 13 del PCAP y en el artículo 141.2 de la LCSP, reconociendo ambas partes que en el plazo de subsanación concedido no se ha dado cumplimiento al requerimiento de presentar la habilitación empresarial en la forma requerida y prevista en la cláusula 1.5.3 del PCAP, sin que de ninguna manera sea factible efectuar un nuevo plazo de subsanación, adicional al correctamente concedido, por lo que solo cabe considerar incumplido el requerimiento de documentación.

Los plazos de presentación de documentación así como los de subsanación en el procedimiento de contratación han de ser los mismos para todos los licitadores por evidentes razones de igualdad y no discriminación, además de por motivos de eficacia procedimental, sin que quepa la concesión de una doble subsanación, declarada no admisible por este Tribunal en reiteradas resoluciones como la 190/2018, de 27 de junio, y la 427/2019 de 10 de octubre.

El artículo 65 de la LCSP relativo a las condiciones de aptitud para contratar con el sector público prevé en su apartado 2 que *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*, siendo causa de nulidad de pleno derecho la celebración de contratos en los que concurra la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad objeto del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2.a) de la LCSP, y sin que se pueda confundir el cumplimiento de un

requisito previo para la contratación con el sector público con los criterios de adjudicación regulados en el artículo 145 de la LCSP.

Por lo expuesto se considera ajustada la actuación del órgano de contratación a lo dispuesto en las cláusulas 1.5, 6 y 13 del PCAP y a las normas y principios de la contratación pública recogidos en los artículos 1, 65.2, 132.1, y 141.2 de la LCSP, procediendo la desestimación del recurso presentado por AF, sin que se pueda conceder un nuevo plazo para rectificar errores o completar la documentación fuera del establecido para la presentación de la documentación y una vez transcurrido el plazo concedido para su subsanación. La admisión de documentación fuera de ambos plazos supondría una total inseguridad jurídica para todos los participantes en el procedimiento de contratación, tanto licitadores como órgano de contratación, conculcando los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, e impidiendo la eficiencia del procedimiento de contratación que podría verse demorado de manera arbitraria con los consiguientes perjuicios para los intereses de las partes.

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 Fruticolas Ateca, S.L., contra la Resolución de adjudicación del Director Gerente del Hospital Dr. R. Lafora, de 14 de noviembre de 2019, en la que se excluye a la empresa del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro de frutas y verduras para el Hospital Dr. R. Lafora”, número de expediente: A/SUM-022478/2019.

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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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

Cuarto.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.