

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

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de “Mediterránea de Catering, S.L.U.”, contra la Resolución de 14 de octubre de 2020 del Sr. Director Gerente del Hospital Clínico San Carlos por la que se adjudica la contratación de la “Concesión del Servicio de Explotación de las Máquinas Exendedoras de Vending del Hospital Clínico San Carlos” a favor de la mercantil Easy Vending, S.L., este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 13 de mayo de 2020 se publica en el Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del expediente de contratación PA 2020-4-029 relativo a la “Concesión del Servicio de Exploración de las Máquinas Exendedoras de Vending para el Hospital Clínico de San Carlos de Madrid” con un valor estimado en pliegos de 596.793,66 euros.

**Segundo.-** En la Cláusula 1, apartado 12 del cuadro de características del PCAP se establece:

*“12. CRITERIOS OBJETIVOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO:*

*12.1. Criterios relacionados con los costes: Máximo 70 puntos*

*12.1.1. Precio para el personal en máquinas dispensadoras (Hasta 18 puntos)*

*12.1.2. Aspectos relacionados con Responsabilidad Social Corporativa (hasta 27 puntos).*

*12.2. Criterios cualitativos por juicio de valor: Máximo 30 puntos*

*Mejoras a la memoria técnica (Máximo 30 puntos):*

*1. Mejoras a la memoria de equipamiento y mantenimiento de instalaciones y equipos (Máximo 10 puntos).*

*2. Mejoras a la memoria de gestión y prestación del servicio (Máximo 20 puntos).”*

Respecto al contenido de los sobres la Cláusula 12, relativa a la forma y contenido de las proposiciones del PCAP establece:

*“Las proposiciones y la documentación que las acompaña se presentará redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esa lengua, y constarán de tres sobres.*

*A. Sobre nº 1. Documentación administrativa*

*B. Sobre nº 2. Documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor.*

*C. Sobre nº 3. Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.*

En relación con el contenido del sobre Nº 2 el PCAP establece:

*“En este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 10.1 de la cláusula 1, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor especificados en el apartado 9 de la citada cláusula, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio.”*

En cuanto al apartado 12.1.2 del PCAP en el que hace referencia a los aspectos relacionados con Responsabilidad Social Corporativa, el pliego establece:

*“Dichos proyectos básicamente se referirán a inversiones que mejoren la relación de calidad de la asistencia a pacientes y trabajadores, y deberán estar sujetos a la aprobación previa en cada caso de la Dirección del H.C.S.C. asumiendo su coste, dentro de los importes comprometidos para este criterio en su oferta, la empresa que resulte adjudicataria, o en su caso, la variación de dichos proyectos a juicio de dicha Dirección. Para la correcta valoración de las ofertas, se deberá presentar dichos proyectos con una estimación de los importes que se presupuesten para su ejecución, dichos importes se considerarán comprometidos para este u otros proyectos que decida la Dirección del centro, siempre ajustándose a las cantidades comprometidas.*

| <b>CRITERIO</b>   | <b>PUNTUACION/VALORACIÓN</b>   |
|---|--|
| <i>Proyectos directamente relacionados con el objeto del contrato y con Responsabilidad Social Corporativa dirigidas a pacientes y Trabajadores</i> | <i>Se asignarán 27 puntos <u>a la oferta de mayor valoración económica, el resto se valorará de manera proporcional.</u></i> |

**Tercero.-** El recurso especial en materia de contratación se interpone el 30 de octubre de 2020, fundado en la contaminación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor por el conocimiento de los criterios automáticos.

**Cuarto.-** Con fecha 10 de noviembre de 2020, se remite a este Tribunal el escrito de recurso, copia el expediente administrativo y el informe preceptivo 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 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). El adjudicatario no cumplimenta el trámite de alegaciones en plazo.

## 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 recurso.

**Segundo.-** La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica competidora en la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP) puesto que la estimación del recurso conllevaría la adjudicación del contrato a su favor.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra el acto de adjudicación en la licitación de un contrato de concesión de servicios, cuyo valor estimado según el Pliego sería de 596.793,66 euros, por lo que no cabría recurso especial en materia de contratación al estar por debajo de los tres millones de euros que exige el artículo 44.1. c) de la LCSP. Sin embargo, la valoración estimada del contrato infringe la LCSP en su determinación, confundiéndose el importe neto de la cifra de negocios con el resultado esperado tras deducir a los ingresos o cifra de negocio los gastos. El PCAP establece en el apartado 5 de la Cláusula 1:

*“Valor estimado del contrato (art. 101 de la LCSP): 596.793,66 euros.*

*Método de cálculo del valor estimado: se ha calculado utilizando los datos del estudio de viabilidad económica financiera (Documento nº 4) y en función de lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP. A todos los efectos previstos en la ley, artículo 101.1.b. el valor estimado de los contratos de concesión de servicios será determinado como sigue: “El importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el*

*impuesto sobre el valor añadido, que según sus estimaciones generará la empresa concesionaria durante la ejecución del contrato”.*

*Asimismo, teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 101.2 de la LCSP “En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costos que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”. Todos estos costes, según el estudio de viabilidad económico-financiera ascienden a 1.955.479,14€ desglosados de la siguiente manera:*

*Total Gastos estimados para el periodo de vending: 1.955.479,14 euros  
Costes de personal: 510.454,56 euros, mantenimiento, canon anual, fluidos y gastos generales: 382.840,92 euros, el coste de materias primas: 893295,49 euros; amortización: 140.699,90 euros y financieros 28.188 euros para los tres años, incrementándose a razón de un 2% anual a excepción del canon anual que se mantendrá constante durante toda la ejecución del contrato.*

*Por lo que, al reducir la cifra de negocios (2.552.272,80 euros) en esta cantidad (1.955.479,14 euros) resulta un valor estimado de 596.793,66 euros.”*

El importe neto de la cifra de negocios viene descrito en el artículo 101 de la LCSP como determinante del valor estimado del contrato de concesión de servicios en los siguientes términos: *“b) En el caso de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el valor añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios”.*

El “importe neto de la cifra de negocios” no es el beneficio (facturación menos costes), sino la cantidad percibida de la Administración por la ejecución del contrato de modo similar a otros tipos contractuales donde el valor estimado es el importe total a percibir de la Administración: *“a) En el caso de los contratos de obras,*

*suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones”.*

El concepto de “importe neto de la cifra de negocios” refiere a la facturación a la Administración por el contrato.

La dicción del artículo 101.2 de la LCSP transcrita no supone que haya que deducir como coste esos gastos, sino que el valor estimado no puede ser inferior a la suma de todos esos costes.

La cifra de negocios de la que se deducen los gastos es de 2.555.272,82 euros para tres años, por lo que admitiendo el contrato una duración máxima de cinco años, la cifra real neta de negocios y por ello el valor estimado alcanza 4.253.788,00 euros, por encima de los tres millones exigidos como umbral del recurso en la LCSP.

El “importe neto de la cifra de negocios” es concepto referido en el Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad) comprendiendo el importe de las ventas y de las prestaciones de servicios y del resto de ingresos procedentes de las actividades ordinarias, sin incluir los importes por descuentos o bonificaciones.

El Órgano de contratación no opone objeción a este cálculo del valor estimado, simplemente afirma que no se recurrieron los Pliegos.

No obstante, la viabilidad o no del recurso por la cuantía es materia de orden público apreciable incluso de oficio por el Tribunal, razón por la cual cabe admitir el recurso por la cuantía.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación de la adjudicación tiene lugar el 14 de octubre, y el recurso se interpuso el 30 del mismo

mes, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso alega infracción de los artículos 1.1, 139, 146.2, 157 de la Ley De Contratos del Sector Público; y artículo 26 del RD 817/2009, de 8 de mayo, infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación, del principio de neutralidad y del principio de secreto de las proposiciones.

El recurrente insta la exclusión de todos los licitadores por la inclusión en el sobre número 2 (criterios de juicios de valor) de información referida a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, en concreto del criterio de adjudicación relativo a la responsabilidad social corporativa.

Los Pliegos afirman correctamente que los criterios de adjudicación mediante la mera aplicación de fórmulas deben incluirse en el sobre número 3 y los criterios sujetos a valoración en el sobre 2, pero incurre en errores materiales a la identificación de los apartados a los que se remite, pues donde dice: apartado 10.1 de la cláusula 1, se refiere a la cláusula 12.2 de la cláusula 1, relativa a “criterios cualitativos por juicio de valor”, y, donde refiere apartado 10.2 de la cláusula 1 debe indicar 12.1 de la cláusula 1.

El proyecto referido en el apartado del PCAP relativo a los aspectos de la Responsabilidad Social Corporativa” incluido dentro de los criterios relacionados con los costes cuantificable de automática, se ha aportado por esta licitadora en el sobre número 3, siguiendo las prescripciones de la legislación de contratos y de los pliegos, el resto de las licitadoras lo han incluido en el sobre número 2, sin incluirlo en el sobre número 3, produciéndose en consecuencia la contaminación de la información ofrecida en los diferentes sobres de la licitación, con infracción de los principios de imparcialidad (neutralidad), igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de este “proyecto” en el sobre número 2, junto con la documentación técnica relativa a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, puede influir en la valoración de los mismos con la contaminación existente por la

información a proporcionar de forma separada en el sobre 2 y 3. No cabe duda alguna que la valoración del proyecto que se requiere en el apartado relativo a los “Aspectos relacionados con la RSC” puede influir en la valoración del apartado titulado “Mejoras en la memoria de gestión y prestación del servicio”, cuya valoración está sometida a juicio de valor con una puntuación de 20 puntos.

Cita el artículo 146.2 LCSP que establece:

*“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.”*

El artículo 26 del RD 817/2009 establece:

*“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos*

El artículo 139.2 LCSP establece:

*“2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.”*

Cita doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación.

Por el contrario el Órgano de contratación, afirma que es cierto que en relación con el contenido del sobre número 2, el PCAP establece que en él se ha de incluir la “documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor”, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio.

Tres de los cuatro licitadores presentados, incluyen en el sobre número 2 la documentación técnica relacionada con sus propuestas, conforme al apartado 12.1.2 del PCAP en el que hace referencia a los aspectos relacionados con Responsabilidad Social Corporativa. En el informe emitido por el técnico figura lo siguiente:

*“Se adjunta cuadro con los proyectos presentados que son aprobados en su totalidad y pendientes de la valoración económica según las ofertas en el sobre número 3*

| 12,1,2 Aspectos relacionados con Responsabilidad Corporativa |   |   |   |
|--|---|---|---|
| Mediterranea   | Serunión  | Easy Vending  | Vending 4   |
| No presenta ningún proyecto RSC                              | PRESENTA la puesta a disposición de los pacientes de un vehículo eléctrico para traslado de pacientes y un sistema APP de señalización de interiores. | PRESENTA un sistema de distribución en temperatura de comidas compatible con el adjudicado para cocina y una ampliación del sistema de distribución de ropa mediante inversión en un carrusel | PRESENTA una oferta abierta con varias propuestas a valorar por la Dirección del Hospital, todas ellas claramente en sintonía con el objetivo del Pliego de implementar proyectos de Responsabilidad Social Corporativa , que aporten mejoras para el personal y/o los pacientes. |

*La Mesa considera que el informe técnico no incluye la valoración subjetiva de estos proyectos, puesto que su puntuación depende de la valoración económica que se hace de la oferta de responsabilidad social corporativa, y ésta consta exclusivamente en el sobre número 3. Esta consideración se sustenta, además, en que la reclamante, que incluye esta documentación en el sobre número 3, no es valorada negativamente en modo alguno.*

*El informe relativo a los criterios cualitativos por juicio de valor basados en las mejoras técnicas al pliego y después de valorar EXCLUSIVAMENTE los ítems establecidos en los pliegos es la siguiente:*

**MEDITERRANEA DE CATERING, SLU: 16 PUNTOS**

**SERUNION, S.A.: 16 PUNTOS**

**EASY VENDING: 30 PUNTOS**

**VENDING4: 16 PUNTOS”.**

Examinadas por este Tribunal las actas de la Mesa de contratación tanto de los criterios automáticos como de los sujetos a juicio de valor, se observa que la valoración económica de los proyectos de Responsabilidad Social Corporativa (de la que depende la asignación de puntos) no consta en el sobre 2, no pudiendo influir por ello en la evaluación de los criterios evaluables. En el acta de 25 de agosto publicada el 20 de octubre, figura en el descryptado de la documentación de los licitadores sobre los criterios de fórmula la cantidad ofertada por cada licitador en concepto de responsabilidad social corporativa en importe anual o trianual. La automaticidad de este criterio de adjudicación depende precisamente de la indicación de esta cantidad, asignando la puntuación máxima de 27 puntos a quien más oferte en Responsabilidad Social Corporativa y el resto proporcionalmente. No constando esta información en el sobre número 2 (criterios valorables) sino en el 3, no pudo el segundo alterar la valoración del primero, ni afectó tampoco al secreto de las proposiciones, no teniendo conocimiento de esta cantidad hasta la apertura del sobre 3. Aunque se hiciera mención en el sobre 2 a aspectos relacionados con la Responsabilidad Social Corporativa, no cuantificando su importe no hubo intercomunicabilidad entre los sobres. Lo que se cuantifica en el sobre número 3 es exclusivamente la cantidad de euros dedicada a Responsabilidad Social Corporativa, no el contenido de los proyectos de la misma. El criterio de evaluación en la proposición económica (Anexo I sobre la Responsabilidad Social Corporativa es exclusivamente “aportación realizada por el licitador IVA excluido”).

No hay contaminación porque el criterio automático es exclusivamente la cantidad asignada a Responsabilidad Social Corporativa, de la que no da cuenta la información incorporada sobre la misma al sobre 2.

Procede la desestimación del único motivo del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 “Mediterránea de Catering, S.L.U.”, contra la Resolución de 14 de octubre de 2020 del Sr. Director Gerente del Hospital Clínico San Carlos .por la que se adjudica la contratación de la “Concesión del Servicio de Explotación de las Máquinas Exendedoras de Vending del Hospital Clínico San Carlos” a favor de la mercantil Easy Vending, S.L

**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 de la LCSP.

**Tercero.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento ex 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.