

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

En Madrid, a 10 de junio de 2021

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Mediterránea de Catering S.L.U. (en adelante **MEDITERRÁNEA**), contra la Resolución de 20 de abril de 2021, del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja por la que se le excluye del procedimiento del contrato de “Suministro y gestión de víveres para la elaboración de dietas alimenticias y explotación de la cafetería y máquinas de vending del Hospital Central de la Cruz Roja, número de expediente P.A. HCCR 2/2021-SE, y contra, la Resolución de 28 de abril de 2021 del Director Gerente por la que se adjudica dicho contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 9 de marzo de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el Boletín Oficial del Estado, y el 12 de marzo de 2021 en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no

dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 972.851,59 euros y su plazo de duración será de doce meses, con posibilidad de prórroga con una duración total del contrato de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron cuatro empresas entre ellas la recurrente.

Segundo. - El 6 de abril la mesa contratación efectúa la clasificación de ofertas y realiza el requerimiento de documentación a la empresa de mayor puntuación que es MEDITERRÁNEA.

El 9 de abril de 2021, la empresa SERUNION presenta un escrito solicitando la inadmisión de la oferta de MEDITERRANEA por el criterio "*pensión personal de guardia*" por no ajustarse a los pliegos o, subsidiariamente, por concurrir fraude de ley, al ofrecer 0 euros, mencionando en defensa de sus pretensiones la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1249/2020.

El 13 de abril la mesa de contratación, a la vista de la reclamación, decide efectuar a MEDITERRÁNEA Y SERUNION requerimiento de justificación de su oferta y el 19 de abril, propone rechazar esas dos ofertas por no quedar justificado el bajo nivel de los precios del criterio 9.1.1.2º) "*precio, de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería*". Esta propuesta es aceptada el 20 de abril por el órgano de contratación.

Tercero. - Con fechas 5 de mayo y 21 de mayo, MEDITERRÁNEA interpone ante este Tribunal recursos especiales en materia de contratación contra la exclusión del procedimiento de licitación adoptada por el órgano de contratación el 20 de abril de 2021 y contra la posterior adjudicación del contrato de fecha 28 de abril de 2021 en

los que solicita que se anule la adjudicación acordando la retroacción del procedimiento para que se valore su oferta.

Adicionalmente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 10 de mayo de 2021, en relación con el recurso 199-2021, 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) solicitando la desestimación del recurso. En relación con el recurso 222-2021 se reitera en sus alegaciones.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 13 de mayo de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al adjudicatario 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. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones

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 los presentes recursos.

Segundo. - El artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que

inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 199/2021 y 222/2021 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación y recurrente, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, y los motivos de impugnación.

Tercero. - Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, *“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 de los recursos.

Cuarto. - Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión fue adoptado el 20 de abril de 2021, practicada la notificación el 22 de abril de 2021, e interpuesto el recurso el 5 de mayo de 2021, y la resolución de adjudicación fue adoptada el 28 de abril, notificada el 29 de abril, e interpuesto el recurso el 21 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. - Los recursos se interpusieron contra la resolución de exclusión y la

adjudicación en el marco de un contrato mixto de suministros y de concesión de servicios que, atendiendo a la prestación principal, esto es, el suministro su valor estimado es superior a 100.000 euros y contra el acuerdo de adjudicación al no haberse resuelto el recurso inicial, por lo que los actos son recurribles de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) y c) de la LCSP.

Sexto. - El fondo de los recursos se concreta en determinar si ha sido correcta la exclusión, efectuada por el órgano de contratación, de la oferta presentada por la recurrente.

Por ser de interés para la resolución del recurso se cita a continuación lo dispuesto en el apartado 9 cláusula 1 de los PCAP:

“9.1 Criterio precio 49 puntos

La asignación de puntos se efectuará proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores, de acuerdo con la fórmula señalada, siempre que cumpla suficientemente las características técnicas solicitadas:

1.1.- Servicio de suministro y gestión de víveres para elaboración de dietas alimenticias..... Máximo 35 puntos.

La valoración de este apartado se llevará a cabo por la suma de los subapartados a y b.

*a) El precio de la pensión completa, IVA 10% excluido,,.....Hasta 30 puntos
Se otorgará la mayor puntuación a la proposición con el precio más bajo y de acuerdo a la siguiente fórmula:*

$$PL = 30 \times (MO/OL)$$

Siendo: PL: Puntuación otorgada al licitador

MO: Menor oferta de todas las presentadas

OL: Oferta del licitador

Los precios IVA excluido a tener en cuenta son los del Anexo B del Pliego de Prescripciones Técnicas.

b) Precios unitarios de Extras, IVA 10% excluido, Hasta 5 puntos

Se asignará la puntuación con el siguiente baremo:

10% de descuento5 puntos

5% de descuento2,5 puntos

Los precios IVA excluido son los indicados en el Anexo C del Pliego de Prescripciones Técnicas. El descuento ha de realizarse en todos y cada uno de los artículos indicados en el Anexo C.

1.2 Explotación de la cafetería del Hospital Central de la Cruz Roja y máquinas expendedoras de bebidas y alimentos (vending).....Máximo 14 puntos.

La valoración de este apartado se llevará a cabo por la suma de los subapartados a) y b):

a) El precio, IVA excluido, de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería, de facturación directa al Hospital....Hasta 10 puntos.

Se asignará la máxima puntuación a la oferta de precio inferior con respecto al precio de licitación, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$PL = 10 \times (MO/OL)$$

Siendo: PL: Puntuación otorgada al licitador

MO: Menor oferta de todas las presentadas

OL: Oferta del licitador

b) Mejora en el precio, IVA excluido, del menú de la cafetería para los empleados del hospital Hasta 4 puntos.

Se asignará la máxima puntuación a la oferta de precio inferior con respecto al precio de licitación, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$PL = 4 \times (MO/OL)$$

Siendo: PL: Puntuación otorgada al licitador

MO: Menor oferta de todas las presentadas

OL: Oferta del licitador

De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, los señalados con los números 9.1 (precio), siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes

Si se presentase un único licitador se considerará que incurre en valor anormal si su oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de veinte unidades porcentuales.

En el caso de que sean varias las ofertas, se considerará como anormal la baja de toda proposición económica cuyo porcentaje exceda de veinticinco unidades por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas”.

Alega la recurrente que, en el acta 6 de abril de 2021 de la mesa de contratación, Mediterránea quedó clasificada con una puntuación de 91,43 puntos siendo propuesta adjudicataria, pero que tras la reclamación presentada por Serunión, se consideró que su oferta incurría en valores anormales en relación con el criterio 9.1.1.2 a) por lo que se le requirió documentación para justificar la misma.

El 20 de abril, la mesa acuerda que no se justifica el bajo nivel de precios en el criterio 9.1.1.2 a) al haberse observado que se han fundamentado en prácticas inadecuadas desde el punto de vista jurídico y económico según se indica en el artículo 149 de la LCSP.

Al respecto manifiesta la recurrente que la justificación de la oferta en relación con el subapartado 9.1.1.2.a) era improcedente pues la determinación de la inclusión de valores anormales o desproporcionados de la oferta se obtiene del criterio precio, entendido respecto a la globalidad de la oferta presentada y no conforme al precio ofertado por cada una de las prestaciones unitarias incluidas en el apartado 9.1 y que su oferta no se encuentra en situación de valores anormales o desproporcionados, puesto que la redacción del PCAP no establece que el valor anormal de la oferta deba realizarse en relación a cada uno de los precios unitarios de la prestación.

En este sentido alega que ha justificado su oferta en función a que el precio del contrato es único, debiendo efectuarse los cálculos a estos efectos sobre el presupuesto y/o precio de la licitación tal como refieren los pliegos y hace referencia al informe de la Directora de Gestión de 19 de abril en el que señala *“Por tanto, estudiada la documentación aportada, se considera que se ha justificado la oferta de este criterio 9.1.1.2 a), de “precio de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería”, considerando la totalidad de las prestaciones del contrato, ...”*.

En cuanto a las practicas inadecuadas que se ponen de manifiesto en el informe técnico, opone la recurrente que el contrato tiene naturaleza mixta, propia del contrato de concesión y de servicios y que el derecho a explotar el servicio va acompañado de un pago de la Administración por el servicio a prestar al personal de guardia y analiza los costes para demostrar que en su oferta no hay trasvase de costes ni prácticas inadecuadas y que no existe fraude de ley de MEDITERRÁNEA, la cual se limita a formular y presentar su mejor oferta en los términos previstos en los pliegos.

También hace referencia a que los pliegos constituyen la ley del contrato y que donde no limita el pliego no debe limitar la mesa u órgano de contratación y que en caso de duda hay que interpretarlos a favor de los licitadores, sin imponer cargas o restricciones que no se encuentren expresamente consignadas en los pliegos.

Por último, alega que el informe técnico de la Directora de gestión tiene validez respecto a la valoración de la situación de anormalidad de las ofertas, pero en cuanto a las consideraciones de carácter jurídico entiende que no está facultada y que debe considerarse nulo.

Por todo ello, la recurrente considera que, de acuerdo con el acta de la mesa de contratación de 6 de abril, debe ser la adjudicataria del contrato al haber obtenido la mayor puntuación.

En defensa de sus pretensiones cita diversas sentencias y resoluciones de tribunales sobre la admisibilidad de la oferta a precio cero.

Por su parte el órgano de contratación alega que con fecha 6 de abril de 2021, la mesa de contratación (Acta nº 8/21) a la vista del informe técnico de valoración de ofertas emitido por la Jefa del Servicio de Asuntos Generales-Hostelería, y aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP se efectúa la clasificación de

ofertas y se realiza el requerimiento de documentación a la empresa de mayor puntuación.

La puntuación económica inicial que consta en el Acta de la mesa de 6 de abril de 2021 (Acta nº 8/21) es la siguiente:

1.GESTIÓN DE VÍVERES	a) Pensión completa S/IVA	b) Porcentaje dto. extras		a) pensión completa	b) descuento productos extras		Total puntuación económica
		10%	5%		10%: 5 puntos	5%: 2,5 puntos	
LICITACIÓN	10,24 €	10%	5%	HASTA 30 PUNTOS	5,00		
MEDITERRÁNEA CATERING, S.L.U.	10,24 €	X		25,81	5,00		30,81
SERUNIÓN, S.A.	10,09 €	X		26,19	5,00		31,19
TECNOVE, S.L.	8,81 €	X		30,00	5,00		35,00
EUREST COLECTIVIDADES, S.L.	10,21 €	X		25,89	5,00		30,89

2.CAFETERÍA Y MÁQUINAS DE VENDING	a) precio menú personal guardia S/IVA	b) precio menú empleados S/IVA	a) pensión personal de guardia	b) precio menú empleados	Total puntuación económica
MEDITERRÁNEA CATERING, S.L.U.	0 €	5,36	10,00	3,50	13,50
SERUNIÓN, S.A.	0,03 €	5,40	0,00	3,47	3,47
TECNOVE, S.L.	10,59 €	4,69	0,00	4,00	4,00
EUREST COLECTIVIDADES, S.L.	12,27	5,44	0,00	3,45	3,45

PUNTUACIÓN TOTAL Y CLASIFICACIÓN INICIALES ACTA MESA Nº 8/21			
EMPRESA	ECONÓMICA	CRITERIOS CUALITATIVOS	TOTAL
MEDITERRÁNEA CATERING, S.L.U.	44,31	47,12	91,43
TECNOVE, S.L.	39,00	47,26	86,26
SERUNIÓN, S.A.	34,67	51,00	85,67
EUREST COLECTIVIDADES, S.L.	34,33	36,37	70,71

No obstante, a la vista de la reclamación presentada por Serunión y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1249/2020

que dice: *“En esencia, **se considera en fraude de ley** la oferta de precio cero a una prestación, cuyos costes se trasladan al precio ofertado de otra para, dada la estructura de la fórmula de valoración, obtener el máximo de puntos asignados a ese criterio y determinar que el resto de las ofertas, cualquiera que sea su importe, con tal de que sea positivo, obtengan cero puntos. **Se produce así un resultado contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto esa oferta es calificada como la más ventajosa económicamente, no siéndolo en realidad, y ello en perjuicio de las ofertas de otros licitadores, cuyas ofertas son realmente mejores económicamente, pero por efecto de ese fraude de ley obtienen menos puntos”**.*

Así manifiesta el órgano de contratación que esa circunstancia concurre, tanto en MEDITERRANEA como SERUNION, ambas empresas excluidas, ya que las fórmula establecidas para valorar el precio ofertado en el criterio 9.1.1.2 a), de *“precio, de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería”*, **al ofrecer MEDITERRÁNEA 0 euros supone que tienen ellos la máxima puntuación (10 puntos) y el resto 0 puntos y SERUNION al ofrecer 0,03 euros, en caso de exclusión de MEDITERRANEA por su no precio, supondría que ellos obtendrían 10 puntos y el resto de empresas puntuaciones cercanas al cero.**

El importe total de las ofertas económicas (sumando importe pensiones víveres pacientes y menú personal de guardia) y las puntuaciones económicas totales son las siguientes:

EMPRESA	OFERTAS TOTALES	PUNTUACIÓN ECONÓMICA TOTAL
MEDITERRÁNEA CATERING, S.L.U.	369.465,00 €	44,31
TECNOVE, S.L.	354.545,91 €	39,00
SERUNIÓN, S.A.	364.112,73 €	34,67
EUREST COLECTIVIDADES, S.L.	410.883,97 €	34,33

Por ello, a la vista de la resolución del TACRC se solicitó justificación de su oferta a Mediterránea y Serunión tras aplicar el límite establecido en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP para apreciar las ofertas con valores anormales en el criterio 9.1.1.2 a) de *“pensión alimenticia del personal de guardia”* y a la vista de la justificación aportada y del informe técnico se concluye que no se justifica el bajo nivel de precios en dicho criterio al haberse observado que se han fundamentado en prácticas inadecuadas desde el punto de vista jurídico y económico, según se indica en el artículo 149 de la LCSP, y por lo tanto, procede rechazar estas dos ofertas incursas en presunción de anormalidad en cuanto al mencionado criterio y excluirlas de la clasificación”.

Según consta en los PCAP :

*“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de **la inclusión de valores anormales, los señalados con los números 9.1 (precio)**, siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes:*

En el caso de que sean varias las ofertas, se considerará como anormal la baja de toda proposición económica cuyo porcentaje exceda de veinticinco unidades por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas”.

Manifiesta el órgano de contratación que aunque el presupuesto del apartado de Cafetería-pensión de personal de guardia es de 46.904,30 (IVA incluido) la empresa MEDITERRÁNEA ofreció en ese apartado para desayuno, comida y cena el precio unitario de 0 euros, superando en definitiva en más de 25 unidades la media de baja de todas las proposiciones presentadas para ese criterio.

Requerida la documentación para justificar su oferta, el 19 de abril de 2021 se emite el informe técnico de la Directora de Gestión en el consta que ambas empresas

(MEDITERRÁNEA Y SERUNIÓN) han justificado la viabilidad de sus ofertas económicas teniendo en cuenta la globalidad del contrato.

Así consta en el informe que *“Por tanto, estudiada la documentación aportada, se considera que se ha justificado la oferta de este criterio 9.1.1.2 a), de “precio de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería”, considerando la totalidad de las prestaciones del contrato, si bien al analizar las ofertas económicas en su conjunto podemos observar que no hay correspondencia entre la puntuación económica total y la oferta más económica, debido a que estas ofertas de 0 euros y 0,03 euros en este criterio han desvirtuado la aplicación de la fórmula económica del pliego”.*

Por ello considera que es de aplicación las resoluciones del TACRC 513/2020 y 1249/2020 en concreto ésta última cita *“En esencia, se considera en fraude de ley la oferta de precio cero a una prestación, cuyos costes se trasladan al precio ofertado de otra para, dada la estructura de la fórmula de valoración, obtener el máximo de puntos asignados a ese criterio y determinar que el resto de las ofertas, cualquiera que sea su importe, con tal de que sea positivo, obtengan cero puntos. Se produce así un resultado contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto esa oferta es calificada como la más ventajosa económicamente, no siéndolo en realidad, y ello en perjuicio de las ofertas de otros licitadores, cuyas ofertas son realmente mejores económicamente, pero por efecto de ese fraude de ley obtienen menos puntos.*

(...)

*En un segundo supuesto, hemos considerado que también **concorre el segundo requisito del fraude de ley cuando se formula precio cero, casi cero o irrisorio para obtener el máximo de puntos en la oferta de precio a una prestación, pero se trasladan los costes al precio ofertado de otra en la que por diferencias se ve compensado la menor cifra de puntos obtenidos en la oferta de precio más elevado a una prestación, con la mayor cantidad de puntos***

obtenidos en la oferta de precio cero o casi cero a la otra prestación, al obtener más puntos de los que pierde en aquella oferta a la otra prestación.

*En el caso citado, el fraude de ley se aprecia porque esta forma de proceder le permite al oferente, trasladando costes, obtener más puntos de los que obtendría ofertando precios reales y efectivos a cada prestación. El fraude se produce porque se obtienen más puntos de los merecidos mediante la oferta de precio cero o casi cero a una prestación que sí tiene costes, pero que se retribuyen con el mayor precio ofertado en otra u otras prestaciones. De esa forma se incurre en fraude de ley si esa maniobra determina que pase a ser la oferta con mejor puntuación sin ser la oferta económicamente más ventajosa en conjunto con arreglo al criterio precio aplicado las distintas prestaciones. En ese caso, la norma no ampara el resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, de forma que la oferta queda enfrentada a la norma defraudada, que es la que determina que **no puede tener mejor puntuación una oferta si otra económicamente es más ventajosa**".*

En este caso las empresas MEDITERRÁNEA Y SERUNIÓN han ofrecido esos precios de 0 euros y 0,03 euros respectivamente, para conseguir la mayor puntuación en el criterio 9.1.1.2 a), de "*precio, de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería*" (10 puntos), sin ser las ofertas económicamente más ventajosas, puesto que valorado el servicio en su conjunto (víveres para pacientes y menús de guardia) la oferta más económica es TECNOVE, S.L., por lo que se puede concluir que las han formulado en fraude de ley, a la vista de la doctrina expuesta por el TACRC, en las Resoluciones arriba mencionadas.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en los pliegos del expediente, se ha formulado como precio de licitación en este criterio 9.1.1.2 a), de "*precio, de la pensión alimenticia (desayuno, comida y cena) del personal de guardia-cafetería*", un importe de 12,31 euros (IVA excluido), teniendo en cuenta los precios de mercado, no parece admisible admitir las ofertas de 0 euros y 0,03 euros de MEDITERRÁNEA y de SERUNIÓN, respectivamente, y por ello considera que no explican satisfactoriamente el bajo nivel de los precios del criterio en cuestión al haberse observado que se han

fundamentado en prácticas inadecuadas desde el punto de vista jurídico y económico según se indica en el artículo 149 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, la cuestión se centra en determinar si de acuerdo con lo establecido en los PCAP, se puede excluir a una oferta que está en baja temeraria respecto de uno de los criterios del precio o hay que considerar el precio en su conjunto.

Como cuestión previa es preciso señalar que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En relación con el objeto de controversia, los PCAP de este contrato establecen: *“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, los señalados con los números 9.1 (precio), siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes:*

Si se presentase un único licitador se considerará que incurre en valor anormal si su oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de veinte unidades porcentuales.

En el caso de que sean varias las ofertas, se considerará como anormal la baja de toda proposición económica cuyo porcentaje exceda de veinticinco unidades por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas.”

Los criterios objetivos de adjudicación del contrato establecidos en los PCAP son criterios relacionados con los costes: el 9.1. (criterio precio) y criterios cualitativos: 9.2. (evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas).

Como señalan los pliegos a los efectos de apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales son los señalados con los números 9.1. (criterio precio) quedando excluidos por lo tanto los criterios cualitativos 9.2. (evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas).

De la simple lectura de los pliegos, esta referencia a los valores anormales en relación con el criterio precio no puede ser entendida respecto de cada una de las prestaciones que componen el contrato en relación con el precio, sino de la globalidad del mismo, puesto que en ningún momento se hace referencia a los valores anormales en relación con cada una de las partidas.

Al respecto es llamativo que así lo interpretó la mesa de contratación que en su Acta nº 6 de 26 de marzo de 2021 no consideró que alguna empresa estuviese incurso en valores anormales y como consecuencia de ello la mesa de contratación el 6 de abril de 2021 requiere a MEDITERRÁNEA para que presente la documentación correspondiente al haber obtenido la mayor puntuación.

En este sentido recordar que como se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones los pliegos son *lex inter partes* y que en caso de duda la interpretación de los mismos deberá ser a favor del licitador en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1288 del Código, que establece el principio general relativo de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Por lo que se refiere a la distorsión de las puntuaciones obtenidas en el apartado criterio 9.1.1.2 a) no es más que el resultado de la aplicación de la fórmula establecida en los propios pliegos, sin que la misma haya sido objeto de impugnación.

Una vez descartado que la oferta de la recurrente estuviese incurso en valores anormales por no ser aplicable en exclusiva a unos de los criterios del precio, no procede entrar a valorar otras cuestiones tales como prácticas inadecuadas pues la LCSP se refiere a las mismas en el artículo 149 relativo a las ofertas anormalmente bajas.

En consecuencia, este Tribunal considera que la exclusión de MEDITERRÁNEA no es conforme a lo establecido en los pliegos pues la apreciación de valores anormales ha de referirse al criterio precio, considerado en su globalidad, por ello procede estimar el recurso interpuesto contra la resolución, de 20 de abril de 2021 por la que se excluye a la recurrente del procedimiento, que en consecuencia se anula, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento del acuerdo adoptado por la mesa de contratación el 6 de abril de 2021, en el que se establece la puntuación total y clasificación de las empresas, obteniendo MEDITERRÁNEA la mayor puntuación.

En cuanto al recurso interpuesto contra la Resolución de 28 de abril de 2021, por la que se adjudica dicho contrato, es preciso citar la Resolución 399/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía “*hay que*

poner de manifiesto, como ha hecho este Tribunal en distintas resoluciones, valga por todas la 120/2014 de 15 de mayo, y como señala la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado- cuyo criterio comparte este Tribunal- que dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario.

Así pues, si el recurrente interpuso recurso especial contra la resolución en que se declaraba su exclusión, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión”.

De conformidad con lo expuesto procede inadmitir el recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato.

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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Mediterránea de Catering S.L.U. contra la resolución, de 20 de abril de 2021, del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja por la que se le excluye del procedimiento del contrato de “Suministro y gestión de víveres para la elaboración de dietas alimenticias y explotación de la cafetería y máquinas de vending del Hospital Central de la Cruz Roja, número de expediente P.A. HCCR 2/2021-SE, y contra la Resolución de 28 de abril de 2021 del Director Gerente por la

que se adjudica dicho contrato.

Segundo.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Mediterránea de Catering S.L.U. contra la resolución, de 20 de abril de 2021, del Director Gerente por la que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación, que en consecuencia se anula, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento del acuerdo adoptado por la mesa de contratación el 6 de abril de 2021, en el que se establece la puntuación total y clasificación de las empresas, obteniendo MEDITERRÁNEA la mayor puntuación.

Tercero. - Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Mediterránea de Catering S.L.U. contra la resolución de 28 de abril de 2021 del Director Gerente por la que se adjudica dicho contrato.

Cuarto.- 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.

Quinto.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 13 de mayo de 2021, así como la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- 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.