

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

En Madrid, a 7 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Alarsa Hostelera, S.L. (en adelante Alarsa) contra el acuerdo, de 26 de octubre de 2022, del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el lote 4 del contrato de “suministro e instalación de mobiliario general, mobiliario a medida, material didáctico y electrodomésticos necesarios para el adecuado funcionamiento de las escuelas infantiles de nueva construcción de Canillejas, Cañaveral y Villa de Vallecas”, expediente 300/2022/00093, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de junio de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato de referencia dividido en cuatro lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 818.012 euros y un plazo de ejecución de 60 días.

Segundo.- A la presente licitación, para el lote 4 se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 12 de agosto de 2022, propuso la adjudicación del contrato referente al lote 4.

Mediante acuerdo de 26 de octubre de 2022 del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid se adjudica el lote 4 del contrato a la empresa propuesta Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L.

Con fecha 18 de noviembre de 2022, Alarsa presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 4 (Electrodomésticos).

Tercero.- El 23 de noviembre de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida respecto al lote 4 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.

Con fecha 30 de noviembre de 2022 la empresa adjudicataria ha presentado alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso. No ha presentado alegaciones la otra empresa interesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa participante en la licitación cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados (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 publicó el 26 de octubre de 2022 e interpuesto el recurso el día 18 de noviembre, por tanto 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 la 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.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto es de interés destacar que el Anexo IV al pliego de prescripciones técnicas correspondiente al lote nº 4 del presente contrato detalla las características técnicas de los elementos objeto de suministro que, en lo que se refiere a los que afectan al presente recurso, son los siguientes:

“- Plancha central de gas: “FRY-TOP a gas con encimeras embutidas fabricadas en acero inoxidable AISI 304, laminado con superficie de trabajo rectificadas de aproximadamente 2 cm de espesor. Tornillos ocultos. Planchas de asado fabricadas en acero. Con 2 zonas de calentamiento independientes. Con cantos redondeados. Provistas de orificio y cajón para la recogida de grasas. Peto perimetral de acero inoxidable. Chimenea lateral y protector de hierro fundido esmaltado de alta temperatura. Encendido de los quemadores mediante tren de chispas electrónico. Control termostático de la temperatura (entre 100 y 300° C) termostato de seguridad. Superficie lisa. Potencia a gas 18,50 kW. Dimensiones aproximadas: largo: 80 cm; fondo: 95 cm; alto: 30 cm.”

- Congelador Vertical: “Construcción interior y exterior de acero inoxidable. Aislamiento de poliuretano inyectado a alta presión (100 % libre de CFC’S), con aproximadamente 7 cm de espesor. Con termómetro y termostato regulables. Puertas con cerradura. Luz interior. Capacidad aproximada de 500 L. Potencia total 600 kW. Condensación ventilada. Guías y parrillas interiores fácilmente desmontables. Temperatura de -18°C a -24°C. Descarche automático. Dimensiones aproximadas: largo: 70 cm; fondo: 70 cm; alto: 200 cm”.

En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en que las fichas técnicas aportadas por Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L., adjudicataria del contrato, no se corresponden con los elementos ofertados, los cuales, incumplen los pliegos de prescripciones técnicas, lo que debía motivar su exclusión del procedimiento de licitación.

En concreto, en lo referente a plancha central de gas, se aprecia que la ficha técnica aportada por el adjudicatario no se corresponde con la del fabricante, con el resultado que el elemento realmente oferta no cumple los requisitos técnicos exigidos. No coinciden las medidas ni las potencias, y ello porque la ficha aportada no es la del fabricante, sino que se ha elaborado expresamente por la licitadora para el concurso, utilizando y vinculando la fotografía de la plancha del fabricante y poniendo en la base de la fotografía, no las características que el fabricante desarrolla en su ficha, sino que

se copian literalmente las exigidas en los pliegos. En segundo lugar, la plancha ofertada se indica que es de la marca Intecno, cuando realmente el modelo ofertado está fabricado por la empresa Olis, como así lo acredita la ficha. En tercer lugar, la plancha exigida en los pliegos es central, lo que quiere decir que pueda utilizarse por ambos lados mientras que la ofertada, según la fotografía aportada y la ficha técnica del fabricante, sólo puede utilizarse por un lado al tener las salidas de humos en uno de los lados, por lo que no es central.

Respecto al congelador vertical la ficha técnica aportada por el adjudicatario se mezcla la fotografía del fabricante con los requisitos técnicos exigidos en el pliego, dando la apariencia de que se cumplen íntegramente los requisitos exigidos. El modelo ofertado por el adjudicatario es del fabricante Casfri modelo GPN-600-PI con las características que se describen en la ficha que aportan.

Según los pliegos se exige que el congelador tenga una potencia máxima de 600 Kw, y en la oferta de la adjudicataria se indicaba que tenía una potencia de 0,7 W. A resultas de exigir el órgano de licitación aclaración a Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L. de esa discrepancia, se indica por la adjudicataria que el modelo cuenta con una potencia de 600 Kw. Consultada la ficha, la adjudicataria no aporta la ficha del fabricante la cual pone de manifiesto que dicho modelo tiene una potencia 400 w lo que supone que no se cumplen los requisitos del pliego y que en la aclaración, la licitadora no dio los datos reales del equipo.

Igualmente, el modelo funciona a una temperatura de funcionamiento de entre -18º y -22º y los pliegos exigen de -18º a -24º por lo que tiene una potencia de enfriamiento inferior.

Por tanto, el modelo ofertado y la aclaración efectuada, no cumplen con los pliegos técnicos por lo que la oferta de dicha empresa debe ser excluida.

En el caso de la licitadora MP Diclesa S.L. (clasificada en segundo lugar) señala que de la consulta del expediente de contratación se ha apreciado que la plancha ofertada por dicha licitadora tampoco es central, como exigen los pliegos, por lo que la oferta de dicha empresa también debe ser excluida.

En base a lo anterior, solicita declarar la nulidad de la adjudicación del lote 4 a favor de Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L., retrotrayendo las actuaciones, acordando excluir las ofertas de Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L. y MP Diclesa S.L. por incumplir los pliegos de prescripciones técnicas y acordando la adjudicación del lote a Alarsa Hostelera, S.L.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto al congelador vertical que, tal y como justificó el adjudicatario en su escrito de aclaraciones, existía una errata en la potencia del congelador vertical, ya que señalaba ser de 0,7W (potencia eléctrica que ningún congelador lleva), cuando lo exigido en los pliegos era de 600 Kw. Concluían afirmando que el congelador a suministrar tendría la potencia exigida 600 Kw, adjuntando la ficha identificativa del citado elemento, en el que se constata la potencia total indicada, así como la temperatura de enfriamiento exigida en pliegos, de -18°C a -24°C.

Respecto a la plancha central de gas: *“FRY-TOP, señala que según la información obtenida por el Servicio de Educación Infantil y Otros Programas, las dimensiones indicadas en los pliegos (800x950x300 mm + soporte de 800x860x550 mm) hacen referencia a una gama de frytops que todos los fabricantes consideran como Gama 900 y que en este tipo de frytops, la chimenea está situada en el lado opuesto a los mandos del operador o lado trasero, trabajándose sólo por el frontal de los mandos, constando el soporte con dos puertas (como así indica en el PPT) en dicho frontal del operador”.*

Por su parte, el adjudicatario alega, respecto a la plancha de gas, que en su memoria técnica ofertaron una plancha que tiene unas dimensiones de 800x900x250

mm más su soporte correspondiente. La ficha que aporta la empresa Alarsa es una ficha de dicha plancha con el soporte montado ya de fábrica. El proveedor, al igual que la mayoría de fabricantes de maquinaria de cocina, puede enviar las planchas con el soporte montado de fábrica o aparte para que lo monten los operarios en obra, como es en este caso y como lo pide el PPT. De una u otra manera, la plancha es la misma y quedaría montada con la altura total correspondiente para estar en línea con el resto de elementos a instalar en el bloque de cocción. Este es un aspecto bien conocido por las empresas de nuestro sector con lo que no se comprende que la empresa Alarsa diga que este artículo no cumple con las dimensiones. La potencia indicada en el PPT es de 18,5 Kw. La plancha ofertada tiene una potencia de 20 Kw mejorando, por tanto, la potencia solicitada. No se ha copiado literalmente lo que pone el PPT como dice la empresa que recurre.

Respecto a la marca de la plancha, señala que el fabricante de la plancha es Olis (fabricante italiano) pero en España el distribuidor oficial es el Grupo Intecno, grupo nacional de compras formado por más de 50 empresas del sector en toda España y al que pertenecen.

Respecto a las alegaciones de la recurrente de que plancha solicitada en el PPT al ser central quiere decir que se pueda utilizar por ambos lados de la misma, manifiesta que no es cierta esa afirmación, ya que para que un elemento de cocina (sea una plancha, barbacoas, cocinas de varios fuegos a gas, cocinas eléctricas, etc.) se pueda utilizar por ambos lados debe incluir en la descripción la palabra “*pasante*”. El PPT no pide plancha pasante ni hace referencia a que sea un elemento en el que se pueda trabajar por ambos lados. El término “*central*” de un elemento solo se refiere a que dicho elemento irá situado en el centro de la cocina y no contra pared.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar que la clasificación de los licitadores para el lote 4 fue la siguiente:

Equipamiento de Hostelería y Climatización Valladolid, S.L.: 100 puntos

MP Diclesa, S.L.: 98,44 puntos

Alarsa Hostelera, S.L.: 88,38 puntos

Mainla, S.A.: 77,98 puntos

Total Ekip S.L: 73,18 puntos

Por tanto, la recurrente se encuentra clasificada en tercer lugar, si bien debe apreciarse legitimación para recurrir ya que fundamenta su recurso no solo en el incumplimiento de las prescripciones técnicas del primer clasificado sino también del clasificado en segundo lugar, MP Diclesa S.L.

Procede, por tanto, analizar en primer lugar el cumplimiento de las prescripciones, puesta en cuestión por la recurrente respecto a este último licitador (clasificado en segundo lugar), ya que la desestimación de su pretensión devendría en falta de legitimación para recurrir la adjudicación, al carecer de interés legítimo.

Entrando en el fondo del asunto, la recurrente alega que MP Diclesa S.L. oferta una plancha que no es central, como exigen los pliegos, por lo que la oferta de dicha empresa debe ser excluida.

Vistas las alegaciones de la parte y analizados los pliegos se comprueba, tal como manifiesta el órgano de contratación y la adjudicataria, que en el PPT no se hace mención en ningún momento a que con el frytops a suministrar se trabaje por ambos lados (frontal y trasero), reflejando la foto que consta en el PPT un frytops con chimenea en el lado opuesto a los mandos. Es decir, el hecho de que conste frytops central en el PPT simplemente indica que irá colocado en el centro de la cocina, circunstancia que es cumplida por el licitador.

Debemos traer a colación la reiterada doctrina que considera que los pliegos, tanto el de cláusulas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la “*lex contractus*”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores

concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho.

Por otro lado, la decisión se enmarca dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, conocedor de las características del producto a suministrar en los términos que recoge el PPT.

Por tanto, procede la desestimación del presente motivo del recurso confirmando el cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de MP Diclesa, S.L.

Esta circunstancia, como hemos señalado anteriormente, trae como consecuencia la falta de legitimación para recurrir la adjudicación del contrato, ya que aun en el supuesto de estimar sus pretensiones quedaría clasificada en segundo lugar sin poder alcanzarla condición de adjudicatario.

En efecto, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 mayo 2008, expone lo siguiente: *“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo (art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98) que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004)”*.

En relación con la concurrencia de *“interés legítimo”*, la jurisprudencia en España exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente

hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (Sentencia de Tribunal Constitucional 60/82, y 257/88, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre, recuerda que en la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, considerando incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta.

En el caso que nos ocupa, aun en el caso de estimar sus pretensiones respecto del adjudicatario, quedaría clasificada en segundo lugar sin poder alcanzarla condición de adjudicatario.

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 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por

la representación legal de la empresa Alarsa Hostelera, S.L. contra el acuerdo, de 26 de octubre de 2022, del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el lote 4 del contrato de “suministro e instalación de mobiliario general, mobiliario a medida, material didáctico y electrodomésticos necesarios para el adecuado funcionamiento de las escuelas infantiles de nueva construcción de Canillejas, Cañaveral y Villa de Vallecas”, expediente 300/2022/00093.

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 prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 4.

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.