



Recurso nº 165/2018

Resolución nº 312/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, 3 de Abril de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. V.M.C., en representación de DULCINEA NUTRICIÓN S.L., (abreviadamente DULCINEA), contra el acuerdo dictado, con fecha 12 de febrero de 2018, por el Jefe de la Unidad de Contratación de la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías, del Ministerio de Defensa, excluyendo de la licitación la oferta presentada por dicha empresa, para el expediente de contratación, número 2017/SP01010020/00000341, relativo al "*Servicio cafetería y comedor-autoservicio en la sede central, complejo Arturo Soria, Academia Central de la Defensa, Complejo Princesa y edificio Castellana, 233, del Ministerio de Defensa (Marzo 2018-Marzo 2020)*", con un valor estimado de 6.835.505,80 euros, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 18 de noviembre de 2017, se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio se publicó, asimismo, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 20 de noviembre de 2017.

Segundo. El 20 y el 27 de Diciembre de 2017, se procedió, en sendos actos públicos, a la apertura de los sobres conteniendo, respectivamente, la documentación administrativa y técnica de las empresas licitadoras y sus proposiciones económicas, trasladándose, a los asistentes a dichos actos, el contenido de tales sobres e interesando un informe técnico sobre las ofertas recibidas.



Por último, la mesa de contratación volvió a reunirse el día 23 de Enero de 2018, para proponer excluir de la licitación las ofertas presentadas por la actora y por AROMAS DE MEDITERRÁNEO, S.L. *“por la no presentación de la composición de los menús, detalle del aporte calórico y el valor nutricional, impidiendo poder realizar una valoración económica y garantizar una mínima variedad y calidad”*.

Tercero. Por resolución del Jefe de la Unidad de Contratación de la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías, del Ministerio de Defensa, de fecha 12 de Febrero de 2017, de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación, se notificó la exclusión junto con la adjudicación a la actora, al amparo del artículo 151.4 del TRLCSP, por cuanto su oferta no cumplía con lo exigido en el punto 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por el que se rige el contrato.

Cuarto. . El 20 de Febrero de 2018, la recurrente, DULCINEA NUTRICIÓN S.L, interpuso, directamente ante este Tribunal, un recurso especial en materia de contratación, contra la resolución de exclusión de la licitación del contrato que acaba de citarse, alegando, en síntesis, que:

“No puede entender esta parte que, habiéndose cumplido todos los criterios recogidos en el PCAP, para valorar la oferta y siendo la nuestra la oferta económicamente más ventajosa, como se acredita en el documento nº 5, se alegue, como motivo de exclusión, lo que prevé el punto 2.2 del PPT, que no tiene relevancia alguna para determinar la puntuación”

Quinto. Con fecha 26 de Febrero de 2018, la Secretaría del Tribunal procedió a comunicar la interposición del recurso a los demás licitadores, a efectos de que estos últimos pudieran formular las alegaciones que a su derecho conviniera, sin que se hayan presentado alegaciones.

Sexto.- Habiéndose solicitado, por la recurrente, por medio de otrosí en el escrito de recurso, la medida cautelar de suspensión del expediente de contratación, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, en resolución de 2 de Marzo de 2018, accedió a dicha medida, ordenando la continuación de la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) por tratarse de un acto dimanante del Ministerio de Defensa.

Segundo. Es objeto de impugnación la resolución del Jefe de la Unidad de Contratación de la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías, del Ministerio de Defensa, de fecha 12 de Febrero de 2017, en la que, de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación, se notificó la exclusión junto con la adjudicación a la actora de la licitación del contrato relativo al *"Servicio de cafetería y comedor-autoservicio en la Sede Central, Complejo Arturo Soria, Academia Central de la Defensa, Complejo Princesa y Edificio Castellana, 233 (Marzo 2018-Marzo 2020)"*.

Los acuerdos del Órgano de Contratación que acuerdan la exclusión de un licitador, pese a ser actos de trámite, como quiera que impiden, a este último, continuar en el seno del expediente de contratación, son plenamente susceptibles del recurso especial en materia de contratación.

Respecto del contrato, se trata de un contrato de servicios, integrado en la categoría 16 del anexo II del TRLCSP y, por razón de cuantía, tiene la condición de contrato sujeto a regulación armonizada, cabiendo, contra él, el recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) TRLCSP.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. Se ha cumplido el requisito de plazo para la interposición del recurso, previsto en el artículo 44 del TRLCSP, ya que éste ha sido interpuesto, directamente, ante este Tribunal, dentro de los quince días siguientes a la fecha, 12 de Febrero de 2018, en que le fue notificada a la recurrente su exclusión junto con la adjudicación de la licitación del contrato arriba referenciado.



Cuarto. En cuanto a la legitimación de la recurrente, DULCINEA es una sociedad que ha tomado parte en la licitación y, por tanto, podría haber resultado adjudicataria del contrato.

Existe, pues, un interés legítimo de la recurrente que, al menos potencialmente, puede sentirse perjudicada por el acto impugnado, de forma que concurre el requisito de legitimación activa exigido en el artículo 42 TRLCSP.

Quinto. La recurrente funda su recurso en un único motivo:

“Atendiendo al carácter absolutamente restrictivo con el que se regula la posibilidad de exclusión del licitador, como consecuencia del incumplimiento de requisitos técnicos, es evidente que la exclusión que ahora nos ocupa, en el que tales incumplimientos ni tan siquiera concurren y únicamente obedecen a un error del órgano de contratación en el análisis de la documentación aportada por mi representada, debe considerarse absolutamente improcedente y, por lo tanto, dejarse sin efecto.

Por todo ello, en el “Suplico” de su recurso, la recurrente, DULCINEA, acaba solicitando que, previa anulación del acuerdo de exclusión de la licitación al lote 3 del contrato, el Tribunal acuerde anular dicha exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento de la misma, a fin de que se proceda a valorar su oferta.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en su informe respecto del recurso, señala que:

“La recurrente, DULCINEA NUTRICIÓN, S.L., no ha aportado la documentación a que hacía referencia nuestro escrito, de fecha 12 de febrero de 2018 y requerida a todos los licitadores, consistente en la composición de menús, según se exige en el apartado 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas”

Añade, más adelante, que:

“... la documentación requerida y no aportada, lejos de ser un mero defecto formal fácilmente subsanable, como sostiene la recurrente, constituye una formalidad que afecta al contenido material de la propia oferta, respecto de la que, entendemos, no cabe subsanación...”



Subraya, a continuación, que:

“...la exigencia planteada en el apartado 2.2 del PPT no está prevista para la ejecución del servicio, como interpreta DULCINEA NUTRICION S.L., ya que, como se deduce de una simple lectura del inicio del propio apartado: "será obligatorio por parte de la empresa licitadora"; en otro caso, la dicción habría estado referida a "la adjudicataria", lo que no es el caso...”

Por todo ello, concluye que el recurso debe ser desestimado, toda vez que:

“...el hecho de que la mercantil DULCINEA NUTRICIÓN, S.L., haya sido excluida..., no sólo no contraviene los principios legales...; antes bien, se ha garantizado, en todo momento, ... su más escrupuloso cumplimiento”

Séptimo. A la vista de todo lo actuado y de las alegaciones que acaban de exponerse, este Tribunal entiende que debe desestimarse el recurso presentado por DULCINEA, toda vez que, como seguidamente veremos, su oferta no reúne las condiciones previstas en el apartado 2.2 del PPT del concurso.

Dispone, textualmente, este último apartado del PPT que:

"2.2 COMPOSICIÓN DE MENÚS, DE PRODUCTOS Y PRECIOS.

Será obligatorio, por parte de la empresa licitadora, aportar, al menos:

- *VEINTIDOS MENÚS COMPLETOS (Tres 1º platos, tres 2º platos, seis postres, bebida y pan). Será de obligado cumplimiento que, al menos, el 33% de los menús completos contenga un plato que incluya ternera, cordero y/o cerdo. Los menús aportados serán diferentes en su composición.*
- *CINCO MENÚS DE RÉGIMEN Cardiovascular, Diabetes y Sobrepeso. (un 1º plato, un 2º plato, seis postres, bebida y pan integral). Los menús de régimen aportados serán diferentes en su composición.*
- *UN MENÚ DE DIETA BLANDA (Un 1ª plato, un 2ª plato y un postre). Deberá servirse un menú completo distinto para cada día.*
- *APORTACIÓN DIARIA DE UN BUFFET DE ENSALADAS con, al menos, cinco productos (de entre los cuales. será obligatorio lechuga, tomate, cebolla y atún).*

Respecto a los MENÚS COMPLETOS, el aporte calórico de la ración deberá situarse entre el 30-40% de las necesidades diarias; con una participación, en el citado aporte calórico, de entre el 55%-60% en hidratos de carbono, con una presencia de azúcares simples inferior al 10%, las proteínas supondrán entre el 10-15%; las grasas contribuirán con menos del 30%, siendo las saturadas inferiores al 10%, así como el



aporte en colesterol será menor de 200 mg. Se prestará especial atención a la presencia de frutas y verduras frescas y a un aporte de fibra vegetal de, al menos, 15 gramos por ración. Los menús completos arriba expresados serán de obligado cumplimiento, deberán detallar el aporte calórico y el valor nutricional por plato e irán firmados por el licitador.

En cuanto a los MENÚS DE RÉGIMEN, el peticionario del mismo deberá comunicarlo a la empresa adjudicataria, con una antelación de 24 horas, debiendo mantener esta última inalterable el menú previamente establecido. Para los MENÚS DE DIETA BLANDA, el peticionario lo deberá comunicar antes de las 10:00 horas de ese día.

En el ANEXO-2 Y ANEXO-3 se detallan la lista de precios máximos que regirán durante el periodo de vigencia del contrato en la cafetería y comedor-autoservicio, respectivamente.”

La introducción, por parte del adjudicatario, de otros artículos no incluidos en este contrato deberá ser puesto en conocimiento del responsable del contrato para su posterior autorización por el Órgano de Contratación”

Como bien dice el informe emitido por el órgano de contratación,

“De una simple lectura comprensiva del PPT, sin necesidad de acudir a criterios hermenéuticos, se deduce claramente que, de no aportar lo exigido expresamente en el apartado 2.2... la consecuencia sería la no admisión de la proposición, como ha sido el caso...”

En efecto, el apartado 2.2 del PPT antes transcrito exige, al licitador, exponer las características y composición de lo que se oferta y ello, no de cara a establecer criterios de valoración de las ofertas, que, por otra parte, ya aparecen definidos claramente en el PCAP, ni a establecer obstáculos que restrinjan injustificadamente, el acceso de los licitadores al contrato, en condiciones de igualdad y libre concurrencia, sino, más bien, para establecer un standard mínimo de calidad y versatilidad a las ofertas de los licitadores.

Por tanto, debe entenderse que la falta de aportación, por la recurrente, de la documentación requerida en dicho apartado 2.2 del PPT, lejos de ser un mero defecto formal, fácilmente subsanable, como sostiene la recurrente, constituye un requisito sustantivo que afecta al contenido material de la propia oferta y, respecto del cual, no cabe subsanación.

La subsanación cabe y debe aplicarse respecto de la llamada “documentación administrativa”, pero no respecto de aquella otra que, como la que ahora nos ocupa, afecta, de modo directo, a las características esenciales de la oferta, como lo son, sin duda, los documentos exigidos por el apartado 2.2. del PPT en que se especifican los distintos menús que



se comprometen a suministrar los licitadores, caso de ser adjudicatarios del contrato, durante la vida de este último.

Por otra parte, de la dicción literal de dicha cláusula, la aportación de tal documentación no se exige tan sólo del adjudicatario del contrato, sino de todos los licitadores y ello, por la sencilla razón, de que se quiere juzgar la calidad de las ofertas de estos últimos, bajo un prisma de obligada homogeneidad, estableciendo para ello unos estándares mínimos de calidad, exigibles a todos los licitadores.

Finalmente, el hecho de que en anteriores licitaciones no se exigiera, al parecer, de los licitadores la aportación de menús, no significa en modo alguno, como parece pretender la recurrente, que ese criterio deba mantenerse, ya que cada proceso de licitación es un todo en sí mismo y, por tanto, se rige exclusivamente por los Pliegos específicamente aplicables al mismo, sin que quepa extrapolar ni aplicar al mismo, criterios o reglas que pudieron regir en anteriores procesos de licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. V.M.C., en representación de DULCINEA NUTRICIÓN S.L, contra el acuerdo dictado, con fecha 12 de febrero de 2018, por el Jefe de la Unidad de Contratación de la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías, del Ministerio de Defensa, excluyendo de la licitación la oferta presentada por dicha empresa, para el expediente de contratación, número 2017/SP01010020/00000341, relativo al "*Servicio cafetería y comedor-autoservicio en la sede central, complejo Arturo Soria, Academia Central de la Defensa, complejo Princesa y edificio Castellana, 233 del Ministerio de Defensa (Marzo 2018-Marzo 2020)*", confirmando dicho acuerdo de exclusión y ordenando la devolución del expediente al órgano de contratación.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar del expediente de contratación.



Tercero. 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 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.