



Recurso nº 992/2013

Resolución nº 054/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de enero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D.D.B.C. en representación de “CATERING LA HACIENDA S.L.”, contra la Resolución de 15 de noviembre de 2013 dictada por el Ejército de Tierra de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se acuerda considerar como adecuadas las ofertas presentadas a los lotes 1, 5, 18 y 35 por la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L y adjudicar los lotes 1, 5, 18 y 35 a dicha empresa, en la licitación para el Acuerdo Marco para la contratación del servicio de alimentación en diversas bases, acuartelamientos y establecimientos del Ejército de Tierra (expediente 6000412009004), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación del Ejército de Tierra (órgano de contratación en adelante) convocó, mediante anuncio publicado en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Estado, en su configuración final, los días 17 y 25 de junio de 2013, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un acuerdo marco para la selección de empresas que realicen el servicio de hotelería y restaurante. La licitación se dividió en 40 lotes, a 24 de los cuales presentó oferta, entre otras, la mercantil EUREST COLECTIVIDADES S.L (EUREST en adelante). El valor estimado del contrato se cifra en 144.000.000 euros.

Segundo. El procedimiento para la adjudicación del Acuerdo Marco se tramitó conforme a lo dispuesto en los artículos 196 y siguientes del Texto refundido de la Ley de Contratos

del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Tercero. La apertura y lectura en acto público de las ofertas admitidas se hizo el 1 de agosto de 2013. En la sesión de la Junta de 9 de agosto se acuerda rechazar la oferta de Eurest *“por ser la oferta irregular, según lo dispuesto en el art. 84 del RGLCAP, ya que de la misma no se pueden deducir los precios unitarios para la franja de precios P2, P3 y P4”*.

Cuarto. EUREST interpuso recurso especial en materia de contratación solicitando que se anulase su exclusión y las adjudicaciones consiguientes así como que se retrotrayesen las actuaciones al momento de valoración de las oferta económicas, para puntuar también las de EUREST en los lotes a los que se refería el recurso, que eran los 22 siguientes lotes: lotes 1 a 3; 5,6, 9; 14 a 16; 18; 22; 23; 25 a 27; 29; 31 y 33 a 37.

Quinto. Este Tribunal, mediante resolución nº 454/2013 de 16 de octubre de 2013 (Recurso nº 590/2013), estimo el recurso interpuesto por EUREST, anulando las adjudicaciones señaladas y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas al objeto de que se puntuase también la de EUREST. Todo ello referido a los lotes 1 a 3; 5; 6; 9; 14 a 16; 18; 22; 23; 25 a 27; 29; 31 y 33 a 37.

Sexto. En cumplimiento de la resolución de este Tribunal, en reunión de 28 de octubre de 2013, el Órgano de contratación procede a realizar una nueva clasificación de ofertas de los lotes afectados por la exclusión de EUREST. En dicha reunión se constata que la oferta de dicha empresa, en los lotes 1, 5, 18 y 35, teniendo en cuenta la cláusula 15. 2 del PCAP, podría considerarse anormal o desproporcionada y se solicita a la misma, el escandallo de costes para los precios P2, P3 y P4, así como, informe de viabilidad de la oferta presentadas a los lotes 1, 5, 18 y 35, por poder ser considerada como oferta anormal o desproporcionada, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15.2 del PCAP.

Séptimo. El 11 de noviembre de 2013 EUREST remite un informe explicando las circunstancias por las que a su juicio la oferta no es ni temeraria ni desproporcionada, adjuntado igualmente los escandallos P1, P2, P3 y P4 de los lotes 1, 5, 18 y 35.

Octavo. El 12 de noviembre de 2013 el vocal de la Inspección General del Ejército, emite informe considerando fundamentada la justificación de la oferta desproporcionada

presentada por EUREST, y a la vista de ello, el 15 de noviembre de 2013, el órgano de contratación acuerda considerar como adecuado las ofertas presentadas a los lotes 1, 5, 18 y 35 por EUREST y adjudicar dichos lotes a esta empresa.

Noveno. El 3 de diciembre de 2013 la empresa “CATERING LA HACIENDA S.L.”, remitió mediante fax al Órgano de contratación, la interposición de recurso especial en materia de contratación administrativa contra dicha resolución, si bien, únicamente en lo que se refiere a los lotes 1 y 5.

El 17 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el registro del Órgano de contratación, el recurso interpuesto por la recurrente, dándose traslado por el órgano administrativo también del expediente administrativo, del informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, así como de la identificación de las empresas que se presentaron a la licitación.

Décimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 3 de enero de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndose presentado alegaciones por EUREST.

Undécimo. Con fecha 26 de diciembre de 2013, el Tribunal dicta resolución por la que se decide mantener la suspensión del expediente de contratación como consecuencia de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 46.3 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se ha calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, habiendo sido presentado ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. Debe entenderse que ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es una resolución por la que se acuerda considerar como adecuadas las ofertas presentadas a los lotes 1, 5, 18 y 35 por la empresa EUREST y

adjudicar los lotes 1, 5, 18 y 35 a dicha empresa, en la licitación para el Acuerdo Marco para la contratación del servicio de alimentación en diversas bases, acuartelamientos y establecimientos del Ejército de Tierra (expediente 6000412009004). El contrato se corresponde a la categoría 17 del anexo II del TRLCSP (servicios de hostelería y restaurante), y es superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación según el artículo 40.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurrente ha interpuesto el recurso dentro del plazo de los 15 días hábiles que fija el artículo 44 del TRLCSP, mediante fax remitido al Órgano de contratación.

Quinto. El recurrente impugna la resolución por la que se adjudican los lotes 1, 5, 18 y 35 a EUREST, si bien, únicamente en lo que se refiere a los lotes 1 y 5. A juicio de la recurrente es imposible que EUREST pueda realizar el servicio de restauración a los cuarteles por dichos precios, y señala determinadas incongruencias, que, a su juicio, se encuentran en la oferta de EUREST.

Para sustentar su recurso el recurrente hace un cálculo del precio al que considera ascendería la factura de cada cuartel contabilizando la materia prima, el personal y los gastos generales, y concluye que por debajo del precio que él considera como normal (8,89 euros para el lote 1 y 11,58 euros para el lote 2) es imposible que se preste el servicio. Como la oferta de EUREST es inferior pide que se anule la adjudicación de dichos lotes efectuada a su favor y que, en contra, se le adjudiquen a ella, tal y como se había realizado en un principio.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido, explica que ha cumplido todas las formalidades establecidas en el artículo 152 del TRLCSP, dando audiencia a la empresa y solicitando el asesoramiento de la Inspección General del Ejército sobre las alegaciones presentadas.

Puntualiza que es la estrategia de la empresa la que le ha permitido dar un precio más bajo, ofertando una calidad menor, dentro de los parámetros establecidos en el pliego, y compensando pérdidas con beneficios. Igualmente considera que el desglose que se hace de los costes de personal y de los gastos generales se ajusta a la oferta presentada y que la solvencia está plenamente acreditada.

Sobre las alegaciones de la recurrente explica que la argumentación en la que se basa no deja de ser una apreciación particular suya de la oferta presentada, y que es al órgano de contratación al que le corresponde determinar si la empresa se encuentra o no en disposición de realizar el servicio licitado.

EUREST, que ha presentado alegaciones, señala que el recurrente parte de un importante error porque se basa en la consideración de que los precios ofrecidos para el escenario P4 deben ser tomados en consideración para el cálculo de las ofertas con valores anormales o desproporcionados y entiende que ese escenario no debe tenerse en cuenta de acuerdo con la cláusula del 15.2 PCAP.

Asimismo, considera que la oferta que ha presentado es completamente viable, como ya explicó en el informe que presentó en la licitación (y que acompaña de nuevo al recurso) y que se basa fundamentalmente en haber bajado la calidad de los productos (ajustándose a los parámetros del PCAP), y en la posibilidad que tiene de conseguir mejores precios por la dimensión de sus acuerdos. Considera que los cálculos de la recurrente no deben tomarse en consideración porque ha cogido un supuesto menú tipo del que no aporta información alguna de donde salieron los datos ni que estos sean adecuados. Finalmente explica que ha seguido un criterio de prudencia pero siempre asegurando la viabilidad económica.

Séptimo. Expuestas las alegaciones de las partes, el debate se ciñe por lo tanto a si la apreciación que ha efectuado el órgano de contratación, en relación a las explicaciones dadas por EUREST, permite o no considerar que la oferta sea viable.

Debemos recordar que, tal y como ha explicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *“La existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia de la Directiva 2004/18, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas”* (STJ de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, Rec. p. I-10873, apartado 29).

Así lo dispone igualmente el artículo 152 del TRLCSP con arreglo al cual *“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal,*

deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

Pues bien, en el caso que nos ocupa, este debate ha tenido lugar, de modo que el órgano de contratación ha oído las alegaciones de EUREST, ha solicitado un informe técnico, y a la vista de todo ello ha concluido que la oferta era seria y plenamente viable.

Es esta conclusión a la que ha llegado el órgano de contratación la que el recurrente pide que se revise, lo cual, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración. A este respecto debemos recordar que es criterio de este Tribunal (manifestado en resoluciones como la nº 105/2011 y la nº 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aún así, es evidente que hay aspectos que, aún siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones.

No obstante, en el caso que nos ocupa, las alegaciones de la recurrente se basan únicamente en explicar lo que a su juicio sería el precio normal o, en todo caso, mínimo, de las distintas comidas ofertadas en los cuarteles, de modo que, al superar la oferta de EUREST este precio, considera que es imposible que preste el servicio. Pero estos datos

que ofrece el recurrente son “subjetivos” en la medida en que atienden a lo que él considera que debiera ser el menú, sus ingredientes y su coste en general (atendiendo igualmente al personal y a otros costes). Pero estos datos no pueden contrastarse en modo alguno y tampoco excluyen que la empresa adjudicataria pueda conseguir los productos a un precio inferior, o que los costes en los que incurra sean inferiores.

Por otra parte, el recurrente no ha examinado en modo alguno el conjunto de la oferta de la recurrente, por lo que ha obviado el criterio fundamental en el que la empresa ha basado el ahorro y que ha consistido básicamente en bajar la calidad de la oferta. Así, la calidad de los productos que ha ofertado, cumpliendo los parámetros del PCAP es menor, y no oferta ni productos ecológicos ni bufés en alguna de las comidas como el desayuno. La empresa explica que, en lo que se refiere a los gastos de personal y costes generales, ha partido de un criterio de prudencia, lo cual no hace tampoco inviable la oferta.

En conclusión, el recurrente no ofrece ningún elemento que lleve a este Tribunal a considerar que las explicaciones dadas por la adjudicataria, y que el órgano de contratación ha estimado válidas, no estén fundadas, o que la oferta no pueda ser cumplida exactamente en sus términos, ni tampoco que la apreciación del órgano de contratación haya incurrido en error manifiesto y constatable.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto D.D.B.C. en representación de “CATERING LA HACIENDA S.L”, contra la Resolución de 15 de noviembre de 2013 dictada por la Junta de Contratación del Ejército de Tierra del Ministerio de Defensa, por la que se acuerda considerar como adecuado las ofertas presentadas a los lotes 1, 5, 18 y 35 por la empresa EUREST COLECTIVIDADES SL y adjudicar los lotes 1, 5, 18 y 35 a dicha empresa, en la licitación para el Acuerdo

Marco para la contratación del servicio de alimentación en diversas bases, acuartelamientos y establecimientos del Ejército de Tierra (expediente 6000412009004).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

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 TRLCSP.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.