

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

En Madrid, a 26 octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don M.M.O., en representación de la empresa Mediterránea de Catering, S.L.U. contra la Resolución de 25 de agosto de 2016, de la Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, mediante la cual se desiste del PA 2016-0-004, para la contratación del Suministro de alimentación del Hospital Clínico San Carlos, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 11 de abril de 2016, de la Dirección-Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, se aprueba el expediente para la contratación del “Suministro de alimentación en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 16 de abril de 2016, el día 26 de abril de 2016 en el BOE y en el Boletín de la Comunidad de Madrid, así como en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. El valor estimado asciende a 3.272.720 euros y el plazo de ejecución de un año prorrogable por igual periodo.

Mediante Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Dirección-Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, se corrigen el punto 4, referido al valor estimado del contrato y el punto 5, referido al presupuesto base de licitación del anuncio de la Convocatoria del PA 2016-0-004 de “Suministro de alimentación en el Hospital Clínico San Carlos” que fue publicada en el Boletín de la Comunidad de Madrid de 1 de junio de 2016.

Los criterios de adjudicación previstos en el PCAP son:

- La oferta económica, con una puntuación máxima de 70 puntos.
- Criterios cuya cuantificación depende de juicio de valor, hasta 30 puntos de acuerdo con los siguientes subcriterios:
 - Calidad de los víveres (0 a 14 puntos).
 - Proveedores y subproveedores propuestos por los licitadores (de 0 a 4 puntos).
 - Certificados vigentes en normas ISO en servicios de alimentación hospitalaria (hasta 12 puntos).

Segundo.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el 3 de junio y se presentaron a la licitación dos empresas Mediterránea de Catering, S.L. y Serunión, S.A., siendo ambas admitidas.

El 14 de junio de 2016, se procedió a la calificación de la documentación administrativa. El 21 de junio se realizó la apertura de documentación técnica. El 5 de julio se llevó a cabo la apertura de la documentación económica.

Según consta en el acta nº 16/2016, de fecha 14 de junio, el vocal representante de la Intervención General formuló las siguientes observaciones:

“Con fecha 1 de junio de 2016, se publica en el BOE una rectificación incrementando el valor estimado del contrato de referencia de 3.272.720 € a 3.599.992,72 €, calificando este error de “aclaración”. Se pone de manifiesto que el precio, definido conforme al art. 87 del TRLCSP y por ende el valor estimado del contrato (art. 88 del TRLCSP), es uno de los elementos esenciales del contrato por

lo que un error en el mismo, modifica de forma sustancial la contratación que se pretende. Así pues, no se ha publicado en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas el nuevo valor estimado, no se ha concedido nuevo plazo para que los licitadores puedan presentar sus ofertas, disponiendo los licitadores de 2 días, hasta el 3 de junio, para presentar sus ofertas, vulnerado el procedimiento establecido para garantizar la libertad de acceso de los licitadores, publicidad y transparencia, establecido en el art. 1 del TRLCSP.

Asimismo se considera contrario a los principio de libertad de acceso de los licitadores señalados en el art 1 del TRLCSP mencionado, el criterio de selección de solvencia técnica que figura en el apartado 5 del Anexo I del pliego, el cual exige que los licitadores tengan implantada tanto el sistema de calidad APPCC como las normas ISO 9001 y 220000 en, al menos dos hospitales públicos con más de 500 camas. A este respecto se recuerda que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 80 del TRLCSP, el órgano de contratación puede incluir en sus cláusulas requisitos que acrediten que las empresas aplican medidas de “buenas prácticas” de calidad, pero siempre respetando las exigencias legales al respecto, y aceptando por tanto cualquiera de los medios que presenten los licitadores para acreditar el cumplimiento de aquella medidas, siendo desproporcionado exigir los tres requisitos, respecto a dos hospitales, además públicos y con más de 500 camas. Este mismo requisito, se vuelve a valorar, con hasta 12 puntos en el apartado 9.3.2, del apartado 9 del Anexo I del PCAP, como ‘Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor’.

Igualmente constan en el acta nº 19/2016, de fecha 5 de julio, las observaciones formuladas por el vocal representante de la Intervención General a la valoración realizada por el Jefe del Servicio de Hostelería del HCSC.

“El informe técnico presenta las siguientes incidencias:

- Se suman 6 puntos al licitador Mediterránea de catering, (1,5 puntos por lote), en concepto de “condiciones de entrega de las muestras” cuando este criterio no está establecido en el apartado 9.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que no procede que sean tenidos en cuenta.*

• *Respecto a la valoración del apartado 9.3.2 “Certificados en normas ISO, en servicios de alimentación hospitalaria”, a este respecto ya me pronuncié en la mesa de propuesta de documentación administrativa, por lo que entendía que este punto no procede valorarlo en criterio que depende de un juicio de valor, cuando ya se ha tenido en cuenta para garantizar la solvencia técnica de los licitadores. Una vez que ya está así establecido en los pliegos, no estoy conforme con no tener en cuenta para su valoración los certificados aportados que acreditan la prestación de servicios de los licitadores en sus cocinas centrales cuando en dichas cocinas se preste el servicio de alimentación para centros hospitalarios que es lo que se ha requerido”.*

El 12 de julio, la Mesa de contratación acuerda proponer como adjudicatario de este procedimiento a Mediterránea de Catering por un importe de 1.593.794,68 euros, de acuerdo con el siguiente resultado:

EMPRESAS LICITADORAS	PUNTUACIÓN OFERTA TECNICA	PUNTUACIÓN OFERTA ECONOMICA	PUNTUACIÓN TOTAL
MEDITERRÁNEA DE CATERING	30	61.27	91.27
SERUNIÓN, S.A.	13.6	70	83.6

Consta el voto particular en contra de la vocal de Intervención General. Dicha propuesta de adjudicación fue notificada a la adjudicataria el 13 de julio de 2016, según manifiesta en su escrito de recurso.

Reunida nuevamente la Mesa de contratación el 26 de julio para debatir la no valoración de los certificados en normas ISO en servicios de alimentación hospitalaria como criterio que depende de un juicio de valor, el Presidente propone el desistimiento de este contrato a la vista de las observaciones formuladas por la representante de la Intervención General (acta nº 21). El 28 de julio la Mesa somete a votación la propuesta de desistimiento del presidente (acta nº 22) con el resultado de cuatro votos a favor y uno en contra.

El 29 de julio de 2016, la Dirección Gerencia del HCSC acuerda el desistimiento del procedimiento, que se ha notificado a los interesados, publicado en los Boletines oficiales y en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid así como el inicio de nuevo expediente. El desistimiento fue publicado en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el 2 de septiembre y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 12 de septiembre.

Tercero.- El 20 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la empresa Mediterránea de Catering, S.L.U. contra la Resolución de 29 de agosto de 2016, de la Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, mediante la cual se desiste del procedimiento de contratación del Suministro de alimentación del Hospital Clínico San Carlos, previo anuncio al órgano de contratación el día anterior.

En el mismo se solicita que se declare la nulidad de la Resolución de desistimiento, se subsanen las deficiencias detectadas y se proceda a la adjudicación definitiva del contrato a Mediterránea de Catering, S.L.U.

Cuarto.- El 29 de septiembre de 2016 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

Mantiene que la decisión de desistir se encuentra justificada en el expediente administrativo, habiendo tenido conocimiento de la misma los licitadores a los efectos pertinentes, incluyendo la posibilidad de alegar contra la misma. En consecuencia, se cumplen los criterios de motivación dispuestos por la doctrina y jurisprudencia y afirma que durante la tramitación del procedimiento han tenido lugar infracciones no subsanables, al amparo de lo previsto en el artículo 155 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 licitadora en el procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 25 de agosto de 2016, practicada la notificación el 9 de septiembre, según reconoce en su escrito de interposición la recurrente, e interpuesto el recurso el 20 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el desistimiento de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En

todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 17/2011, de 8 de junio, o la 107/2014 de 20 de noviembre, sobre el desistimiento.

Quinto.- Conviene recordar previamente que el artículo 155 del TRLCSP regula los supuestos de renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración y dispone:

“2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. (...)

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las*

actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.

Así, la decisión de desistimiento de un contrato debe ser motivada lo que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Como afirma este Tribunal en su Resolución 1/2016 *“El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos, se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento.*

El desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la adjudicación que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y es diferente al desistimiento como causa de resolución contractual. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación”.

Recapitulando, los requisitos para acordar conforme a derecho un desistimiento son:

- 1- En cuanto al momento procedimental, antes de la adjudicación.
- 2- Deberá estar fundado en una infracción no subsanable.
 - de las normas de preparación del contrato, o
 - de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- 3- Justificación en el expediente de la concurrencia de la causa.
- 4- Notificación a los licitadores.

En el expediente remitido consta que se han cumplido todos los requisitos mencionados como 1, 3 y 4, restando analizar si se cumple el 2. El fondo del recurso se concreta en determinar por tanto si las infracciones cometidas en la preparación/tramitación del procedimiento de adjudicación, tienen la condición de subsanables o no. La primera cuestión a delimitar es el propio concepto de “*infracción no subsanable*”. Al efecto se ha pronunciado el Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, “sobre diversas cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento: infracción no subsanable”, en el cual se concluye:

“Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa”.

El Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, argumenta que “*Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público.*”

No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento”.

Como infracciones susceptibles de determinar el desistimiento se han considerado, el error en la calificación del objeto del contrato, la discordancia entre lo que pretendía contratar la administración convocante y el objeto del contrato según los pliegos, la fórmula consignada en los pliegos que haga imposible la valoración de las ofertas o su omisión, el conocimiento del contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de las proposiciones si hubiera un solo licitador; el modo erróneo de exigir la acreditación de la solvencia, etc.

Cabe también señalar que el desistimiento como apreciación de una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, supone una decisión extrema de finalizar el procedimiento sin llegar al trámite que ordinariamente pone fin al mismo que es la adjudicación, por ello debe hacerse una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos habilitantes. La gravedad de la infracción debe ser proporcional a la consecuencia que comporta la declaración de desistimiento, siendo preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes a fin de ponderar la importancia de los vicios o defectos cometidos determinantes de la insubsanabilidad. La finalización del procedimiento mediante desistimiento cuando se descubre una causa que impide continuar con el mismo supone rehacer de nuevo los documentos en que se cometió la infracción o un nuevo procedimiento adecuando los trámites omitidos o nulos. Si el momento temporal de apreciación de la nulidad es el inicial, cuando todavía no se han conocido las ofertas de los licitadores sería admisible una interpretación más “amplia” de lo que ha de entenderse incluido dentro del concepto “infracción insubsanable”, sin embargo cuando el procedimiento ha avanzado llegando incluso a la clasificación de las ofertas habiendo sido advertidas las presuntas infracciones en un momento inicial del procedimiento, en el que debió valorarse la decisión de desistimiento procediendo a suspender el mismo sin la apertura de ofertas, la interpretación de la existencia de la infracción ha de ser más restrictiva. Advertir de la existencia de ilegalidades y continuar el procedimiento, como ocurre en este caso,

es contradictorio con la posterior decisión de apreciar como motivo para finalizar el procedimiento lo antes no valorado como suficiente para tomar tal decisión.

En el caso analizado los defectos ahora sustento de la decisión de desistimiento fueron puestos de manifiesto por el representante de la Intervención en las sucesivas Mesas de contratación, como se ha recogido en los antecedentes de hecho y en ese momento es cuando debió valorarse la gravedad de la infracción puesta de manifiesto sin proceder, en caso de tenerla por insubsanable, a la apertura de ofertas.

Asimismo el principio de confianza legítima y el de seguridad jurídica deben habilitar al licitador a pensar que el procedimiento en el que participan goza de los supuestos de legalidad que dan cobertura al mismo y que la presentación de su oferta se hace en condiciones de legalidad.

Por otra parte la naturaleza contractual y no reglamentaria de los pliegos explica que su eventual falta de impugnación convalide sus posibles vicios.

Sexto.- En cuanto a la concurrencia de los supuestos invocados en la resolución de desistimiento como habilitantes de la misma procede analizar cada uno de ellos.

1. Falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del nuevo valor estimado del contrato y falta de otorgamiento de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Considera la recurrente que el error en el valor estimado consignado se ha debido al error en el tipo aplicable del Impuesto del Valor Añadido (que pasa del 21 al 10 %), como reconoce el propio Hospital en su rectificación de fecha de 23 de mayo de 2016, por lo que entiende que la rectificación es incorrecta e incluso innecesaria ya que el artículo 87.2 del TRLCSP, que en relación con el precio del contrato establece que *“En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”*.

Igualmente el art 88 del TRLCSP en relación con el cálculo del valor estimado del contrato señala que *“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación”*. Y en coherencia, el artículo 145 de también el TRLCSP (Proposiciones de los interesados) *“En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido”*. Por lo que concluye que el IVA no forma parte de la oferta económica como tal ya que es un impuesto neutral, como sostiene en diferentes cuestiones vinculantes de la Dirección General de Tributos, pudiendo ser el error subsanable.

Por el contrario, el órgano de contratación sostiene que esa modificación tiene carácter esencial y que siendo un contrato sujeto a regulación armonizada su falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y la falta de concesión de un nuevo plazo para que los licitadores puedan presentar sus ofertas, conculcaría los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (artículo 1 del TRLCSP), tramites de carácter obligatorio a la luz del al artículo 75, párrafo segundo, del RGLCAP, en el que se dispone que: *“(…) cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”*, debiendo observarse las condiciones de publicidad reguladas en el art 142.1 del TRLCSP.

Previamente conviene aclarar, como ha manifestado la Junta Consultiva de de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 44/12, de 7 de mayo de 2013, que el valor estimado de los contratos no debe confundirse con el concepto de presupuesto de licitación o el de precio. Así explica en dicho informe que la LCSP (actual TRLCSP) utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuya definición se contienen en los artículos 75 (actual artículo 87 del TRLCSP) y 76 (actual artículo 88 del TRLCSP) y 131 del Reglamento

“El término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LCSP (actual artículo 87.1 del TRLCSP) que lo considera como la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la LCSP (actual TRLCSP) se habla de precio del contrato deben entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. (...) en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de IVA” (informe 43/08).

Por otra parte el valor estimado se regula en el artículo 88 del TRLCSP y es un concepto que “tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas” (informe 28/09). Su cálculo debe hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del TRLCSP, y a diferencia del precio, el valor estimado viene determinado por el importe total pagadero sin incluir el IVA.

Pero además del concepto de valor estimado y de precio, debemos referirnos al presupuesto de licitación, concepto al que el escrito de consulta hace referencia. El mismo, según doctrina de esta Junta Consultiva, es un “concepto distinto del valor estimado, debiendo calcularse conforme a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

Hecha esta salvedad, el art 142 del TRLCSP en relación con la convocatoria de licitaciones en su apartado 1 dispone que *“Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado» imponiendo un régimen de transparencia y objetividad siempre y cuando superen determinados umbrales (valor económico) que en el caso de contratos de suministros será de 209.000 euros (art 15.2 del TRLCSP) .*

Siendo el valor estimado del contrato sobre el que versa el recurso superior al umbral legalmente establecido, fue publicada la convocatoria en el DOUE figurando en el anuncio un presupuesto base de licitación de 1.636.360 euros, más 343.635,6 euros de IVA, por lo que el importe total ascendía a 1.979.995,6 euros, dado que la duración del contrato es de 12 meses prorrogable por otros 12, el valor estimado es de 3.272.720 euros.

Sin embargo el PCAP, en el apartado 3 de la cláusula ,1 señala que el valor estimado es de 3.599.992,72 euros y el presupuesto base de licitación es de 1.799.996,3 euros, más 179.999,64 euros de IVA, por lo que el importe total ascendía a 1.979.995,6 euros.

En el anuncio posterior publicado en el BOCM se corrige en los mismos términos que indica el PCAP, estableciendo que el valor estimado es de 3.599.992,72 euros, con un presupuesto base de licitación de 1.799.996,3 euros, más 179.999,64 euros de IVA por lo que el importe total ascendía a 1.979.995,6 euros.

El error en el tipo de IVA, efectivamente como sostiene la recurrente, no justificaría el desistimiento. Sin embargo, lo ocurrido fue que el anuncio de licitación no reflejaba adecuadamente el presupuesto base en el importe señalado en el PCAP debiendo modificar no el tipo impositivo sino proceder a la corrección del anuncio en cuanto al presupuesto base de licitación y consecuentemente del valor estimado del contrato. Aunque las ofertas han de ser tenidas en cuenta por su importe económico sin tener en cuenta el IVA, el máximo al que ascendía la licitación fue modificado.

Por todo lo cual este Tribunal entiende que la publicación de la licitación en el DOUE de la licitación del contrato sujeto a regulación armonizada no contiene la información real del presupuesto contenida en el PCAP y no se hizo corrección de errores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, párrafo segundo, del

RGLCAP puesto que no se publicó en el DOUE ni se amplió el plazo de presentación de ofertas.

La publicación de la corrección exclusivamente en el BOCM es insuficiente para completar la publicidad exigida en el artículo 142 y tampoco se ajusta a lo dispuesto en el artículo 142.3 que establece que el envío del anuncio al DOUE debe preceder a cualquier otra publicidad y los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines no podrán contener indicaciones distintas a la incluidas en dicho anuncio.

Ahora bien, en este punto debemos considerar si se trata de un error insubsanable justificante del desistimiento. En una primera consideración cabe señalar que el contrato formalmente ha cumplido con la obligación de publicidad comunitaria inherente a todo contrato sujeto a regulación armonizada. Es decir la omisión de la publicación de la corrección de errores en el DOUE no ha impedido tener conocimiento de la licitación y poder formular oferta a los licitadores interesados y así consta que ha habido concurrencia. No cualquier modificación del anuncio o cualquier discrepancia con el contenido del PCAP puede justificar un remedio tan grave como el desistimiento en perjuicio de los licitadores que han formulado su oferta cuando no consta oposición por ningún afectado.

Para valorar el grado de invalidez achacable al defecto debemos traer a colación el artículo 37 del TRLCSP que recoge unos supuestos especiales de nulidad contractual entre los que figura *“a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”*. La omisión del requisito de publicidad en el DOUE sería determinante de una posible nulidad, pero como hemos anticipado, no es lo ocurrido en el caso analizado en que tal publicidad tuvo lugar aunque lo fuera con defectos o errores que no han sido de tal relevancia como para determinar la absoluta falta de publicidad o información errónea para los posibles licitadores pues la diferencia en el importe del valor estimado o del presupuesto de licitación no se

considera determinante de adoptar la decisión de licitar o no, máxime cuando es de tan escasa cuantía respecto del importe de licitación como en el presente caso.

Por todo ello, debe estimarse el recurso por este motivo.

2. Desproporcionalidad de la exigencia de tener implementados el sistema de control de puntos críticos y las normas ISO 9001 y 22000 en al menos en dos hospitales de más de quinientas (500) camas como requisito de solvencia técnica.

El PCAP, en el punto 5 de la cláusula 1 en relación con la solvencia técnica dispone:

(...)

“Criterios de selección:

Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario público o privado de los mismos. Los servicios o trabajos se acreditarán mediante la aportación de un mínimo de cinco certificados expedidos o visados por el órgano competente de donde se hayan prestado los mismos, que indiquen la conformidad con el servicio desarrollado, además de presentación de las descripciones de los productos y certificados de los apartados e y f del Art. 77.1 del TRLCSP.

En base a la mejora de procesos en cocina precisos, según informe de la Dirección General de Seguridad Alimentaria, en relación a este Hospital, los licitadores deberán implantar en el plazo de duración del contrato tanto el sistema de calidad APPCC como las normas ISO 9001 y 22000, por lo cual se les exigirá que tenga ya implantadas dichas normas en al menos dos Hospitales públicos con más de 500 camas, debiendo presentar copia notarial de los citados certificados.”

Sostiene la recurrente que la “desproporcionalidad”, es un concepto bastante subjetivo y que no se motiva suficientemente la decisión del órgano de considerar desproporcionado este requisito de solvencia técnica, siendo a su juicio incluso

inferior a la que podría exigirse considerando que el HCSC tiene más de 1200 camas.

Por el órgano de contratación se aduce que dicho requisito ha sido considerado contrario a los artículos 1 y 80 del TRLCSP y entiende que el mismo supone introducir criterios relativos al volumen de movimiento y ocupación de un hospital, limitativos de la concurrencia. Asimismo, incorporar una distinción entre hospitales públicos y privados, contraviene la norma en relación con lo dispuesto en el artículo 45 de Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Debe recordarse, en primer lugar, la ya consolidada configuración tanto doctrinal como jurisprudencial de que los pliegos son “ley del contrato” 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) tal y como señala el artículo 145 del TRLCSP que obliga a que las proposiciones de los interesados se ajusten a lo previsto en el PCAP suponiendo su presentación la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusula sin salvedad o reserva alguna, debiendo estar y pasar por ellas.

El órgano de contratación es el que, dependiendo del tipo de contrato, de la situación del mercado provisor y de la situación económica general en el momento de la licitación, determina el establecimiento de unos parámetros objetivos u otros para acreditar la solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador, que en todo caso debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. Además, en el supuesto de exigir una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

Los requisitos de solvencia referidos a dos hospitales de más de 500 camas cuando se justifica que el hospital contratante cuenta con más de 1.200 no parece como desproporcionado, sin embargo la exigencia que se justifique la implantación de normas ISO en hospitales públicos distinguiendo la experiencia obtenida en hospitales privados es contrario a lo dispuesto en el artículo 45 de Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, tal y como ha declarado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 112, de 9 de julio de 2014 (Recurso 85/2014).

Por otra parte, en cuanto al carácter insubsanable del requisito o consecuencias de la ilegalidad del criterio de solvencia, cabe recordar que dicho criterio fue conocido en todo momento por el órgano de contratación y por los licitadores que presentaron oferta, siendo que ninguno de ellos ni otros terceros hayan formulado oposición u objeción, ni manifestaron que se vulnerara el principio de igualdad de trato entre los licitadores, quedando los pliegos firmes y consentidos. No es suficiente para acordar un desistimiento invocar una causa de ilegalidad o un defecto de tramitación que, aun existiendo, no conlleve la imposibilidad de continuar el procedimiento con quienes confiadamente han formulado y desvelado su oferta en un procedimiento competitivo. El requisito fue conocido y aplicado por igual a los dos únicos licitadores y ambos lo cumplieron.

Por todo lo cual debe estimarse el recurso por este motivo.

3. No se puede valorar como criterio de adjudicación el número de certificados ISO porque ya se ha tenido en cuenta a efectos de la solvencia técnica.

De acuerdo con el PCAP se otorga una puntuación máxima de 30 puntos a la oferta técnica, que se aplicará según desgloses para cada uno de los subcriterios. En concreto el apartado 9.3.2 se refiere a los certificados vigentes en normas ISO en servicios de alimentación hospitalaria al que se otorgan hasta 12 puntos, divididos como sigue:

“- Certificados vigentes en normas ISO 9001 en servicios de alimentación hospitalaria: hasta 5 puntos.

Se asignarán 6 puntos a la empresa que mayor número de certificados aporte. El resto de ofertas se valorará mediante la siguiente fórmula: $6 \times n^\circ$ de certificados de la oferta del licitador a valorar / n° de certificados del licitador que más aporte.

- Certificados vigentes en normas ISO 22000 en servicios de alimentación hospitalaria: hasta 6 puntos.

Se asignarán 6 puntos a la empresa que mayor número de certificados aporte. El resto de ofertas se valorará mediante la siguiente fórmula: $6 \times n^\circ$ de certificados de la oferta del licitador a valorar / n° de certificados del licitador que más aporte.

Para la acreditación de estos criterios se presentará copia notarial de los certificados.

Si se identificase que alguna proposición económica pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se realizará la tramitación prevista en el artículo 152 del TRLCSP.”

El recurrente argumenta que no deben mezclarse criterios de adjudicación con requisitos de solvencia y ese es el único límite que impone la doctrina y la jurisprudencia. Por lo tanto, sólo habría infracción en el supuesto de que el informe técnico de valoración de las ofertas hubiera contabilizado a efectos de este criterio los mismos certificados ya tenidos en cuenta para la solvencia técnica (situación que no se ha dado) pero, aun en este hipotético caso, sería una infracción subsanable, rectificando el informe técnico. Siendo el “*mayor número*” de certificados que se aporten el criterio determinante para la valoración resulta indistinto que se computen o no los mismos que se hayan acreditado como requisito de solvencia, siempre que el cálculo se realice en las mismas condiciones para todos los licitadores.

Se opone ahora el órgano de contratación argumentando precisamente que la evaluación de aspectos técnicos a realizar por el órgano correspondiente, no puede

apartarse de los criterios de valoración previamente establecidos en los pliegos que rigen la contratación por ser los pliegos son ley del contrato y vinculan a las partes.

Los certificados de calidad referidos a la empresa pueden exigirse como criterio de calidad y no como criterio de adjudicación pues en nada afectan a la calidad del servicio ofrecido. En este sentido se pronuncia el informe 56/2004, de la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado. Además puntuar como criterio de adjudicación algo que ha sido valorado para tener en cuenta la capacidad de la empresa para ejecutar el contrario supone confundir criterios de adjudicación con criterios de solvencia y aun sosteniendo que se trata de un plus de calidad se están valorando dos veces.

Ahora bien, la Mesa de contratación a la hora de valorar las ofertas no se puede apartar de los criterios que se fijan previamente en el pliego como regla aplicable a todos los licitadores, obviando uno de ellos, como sostiene la recurrente. Tal como hemos argumentado en relación a los criterios de solvencia, no cualquier grado de invalidez del contenido de los pliegos es determinante de su nulidad o motivo justificante del desistimiento. El acatamiento por los participantes en la licitación de los criterios conforme a los cuales se determinará la oferta económicamente más ventajosa al haber participado en la licitación sin oponerse ni formular reservas sobre los mismos, determina que sean esos los criterios que le sean aplicable y en este caso fueron admitidos y aplicados tal como están previstos en los pliegos a todos los licitadores que presentaron oferta, sin que en su aplicación se hay producido o concretado una posible discriminación o trato desigual vinculando del mismo modo al órgano de contratación. El reconocimiento de una infracción de la ley no supone siempre un defecto insubsanable determinante del desistimiento.

Debe también estimarse el motivo de recurso.

4. Valoración de aspectos técnicos no previstos en los pliegos (entrega de muestras).

De acuerdo con el PCAP se otorga una puntuación máxima de 30 puntos a la oferta técnica, que se aplicará según desgloses para cada uno de los subcriterios, en concreto el apartado 9.2.1 se refiere a la calidad de los víveres y se otorgaran hasta 14 puntos indicando *“Se valorará la calidad de los productos ofertados (dentro de las características exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y normas de calidad bromatológica) en función de las calidades comerciales, en relación con la calidad mínima establecida en el PPT y sus anexos según las muestras presentadas, con el siguiente reparto:*

- 1. Partida de carnes y derivados cárnicos: Hasta 3,5 puntos.*
- 2. Partida de pescados y mariscos: Hasta 3,5 puntos.*
- 3. Partida de frutas, verduras y hortalizas: Hasta 3,5 puntos.*
- 4. Resto de partidas: Hasta 3,5 puntos.*

En particular, se valorarán para cada una de las partidas:

- Características Organolépticas: olor, color, sabor y textura.*
- Características Higiénico Sanitarias y Microbiológicas aplicables a los contenidos, continentes, embalajes, equipos de dispensación y vehículos de transporte.*
- Propiedades Físicas y Propiedades Químicas”.*

Está prevista la entrega de muestras en el apartado 8.1 de la cláusula 1 del PCAP y en el punto 3 1.6 del PPT.

Consta que en el acta nº 19 que en el informe técnico realizado por el servicio de hostelería se *“suman 6 puntos al licitador Mediterránea de catering, (1.5 puntos por lote), en concepto de “condiciones de entrega de las muestras” cuando este criterio no está establecido en el apartado 9.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Afirma que le recurrente que efectivamente existe un informe valorando las condiciones de entrega de las muestras, si bien constituye una infracción

subsancionable, ya que bastaría con rectificar el informe técnico y no valorar esta cuestión.

Aunque el órgano de contratación coincide en que dicha incidencia pudiera haber sido rectificadora, sin ser causa estrictamente determinante para el desistimiento, su presencia en el procedimiento resulta apreciable y susceptible de ser tenida en cuenta.

La evaluación de los criterios no valorables mediante fórmula, es de apreciación discrecional por órgano de contratación y los tribunales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Resulta evidente que la valoración de este criterio debió realizarse únicamente *en función de las calidades comerciales ofertadas*. Pero también cabe recordar que a fin de concretar la puntuación del criterio o para determinar qué son esos niveles de calidad, el PCAP especifica el reparto de la puntuación incluyendo *“Características Higiénico Sanitarias y Microbiológicas aplicables a los contenidos, continentes, embalajes, equipos de dispensación y vehículos de transporte.”*

Como decimos, la puntuación otorgada puede tener encaje en este subcriterio dentro de la discrecionalidad técnica conferida al técnico encargado de la valoración.

Aunque fuese aceptable la tesis del error al considerar un aspecto o subcriterio no valorable, el otorgar 6 puntos al no estar relacionado entre los que eran susceptibles de valoración, sería un error subsancionable sin necesidad se retrotraen las actuaciones para hacer un nuevo informe. Situación que resultaría contraria al artículo 150.2 del TRLCSP que obliga a la valoración separada y previa de los criterios sujetos a juicio de valor lo que determinaría la nulidad del procedimiento cuando, como ocurre en este caso, se ha procedido a la apertura de la oferta económica.

La forma de subsanación propuesta por la recurrente sería mantener la valoración técnica excluyendo de la puntuación total del criterio los 6 puntos otorgados por el subcriterio no previsto en el PCAP de manera que aún así la diferencia de puntuación mantendría como mejor oferta la de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don M.M.O., en representación de la Mediterránea de Catering, S.L.U. contra la resolución de 25 de agosto de 2016, de la Gerencia del Hospital Clínico San Carlos, mediante la cual se desiste del PA 2016-0-004, para la contratación del Suministro de alimentación del Hospital Clínico San Carlos, anulando la Resolución acordando el desistimiento.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.