

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

En Madrid, a 9 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Vifrusa, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de 23 de enero de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación de los Lotes 2 y 5 del contrato de “Suministro de frutas y verduras para la cocina general del Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente A/SUM-044124/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 23 de noviembre de 2022, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 25 en el DOUE y el 5 de diciembre de 2022 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en seis lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.946.903,89 euros y su plazo de duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga, con una duración máxima incluidas las mismas de 36 meses.

A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura de la documentación administrativa y técnica de las ofertas presentadas, se emite informe técnico el 20 de enero de 2023 en el que se concluye que Vifrusa, S.L., (en adelante VIFRUSA), no cumple con lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) en los lotes 2 y 5. El 23 de enero de 2023 se reúne la Mesa de contratación y a la vista del informe técnico acuerda excluir al recurrente de ambos lotes.

Tercero.- El 16 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de VIFRUSA en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 28 de febrero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*”, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 23 de enero de 2023, publicado el 26 e interpuesto el recurso el 16 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del recurso interesa destacar del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación con el Lote 2 lo siguiente:

2.2. LOTE 2: FRUTA CUARTA GAMA

Descripción:

LOTE 2 : FRUTA 4ª GAMA			
ARTÍCULO		CARACTERÍSTICAS/UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD ESTIMADA
1	MACEDONIA CORTADA MONODOSIS (TARRINA 125 G)	Categoría 1ª-Tarrina unidosis 125 Gr.	24.800
2	MELÓN CORTADO-MONODOSIS (TARRINA 125 G)	Categoría 1ª-Tarrina unidosis 125 Gr.	28.667
3	PIÑA MONODOSIS CORTADA HIGIENIZADA (ENVASE 125 GR)	Categoría 1ª-Tarrina unidosis 125 Gr.	14.000
4	SANDIA CORTADA MONODOSIS (TARRINA 125 G)	Categoría 1ª-Tarrina unidosis 125 Gr.	8.667

“2.2.1. Concepto de Cuarta Gama:

Se entiende por Cuarta Gama: frutas frescas sin tratamiento térmico, preparados, lavados y envasados, que han podido ser objeto de troceado, corte o

cualquier otra operación relativa a la integridad del producto (cualquier procedimiento físico que entrañe una modificación de las características fisiológicas y microbiológicas del producto), listos para consumir o cocinar, destinados al consumo humano.

Siendo:

- Preparación: aquella parte del proceso de transformación de las materias primas, que consiste en la eliminación por métodos manuales o mecánicos de todas las partes desechables, dañadas o no comestibles en general.*
- Lavado: es aquella parte del proceso de transformación de las materias primas que consiste en la eliminación mediante la utilización del agua, de la suciedad, restos de tierra, contaminantes físicos y reducción de carga microbiana, de forma que el producto resultante sea totalmente seguro desde el punto de vista higiénico.*

2.2.2. Transporte y productos:

- Transporte: El adjudicatario en todo momento debe asegurarse de que los vehículos utilizados para el transporte de productos terminados sean apropiados para su propósito y se mantengan en buenas condiciones, sin presentar ningún riesgo de alterar el producto y estando protegidos de toda contaminación exterior. En todo momento dichos transportes deberán de cumplir la legislación vigente que les sea de aplicación.*

El transporte debe realizarse en vehículos refrigerados con indicador de temperatura, de forma que se asegure el mantenimiento de la temperatura en el interior del vehículo entre 1°C y 4°C bajo carga máxima, cumpliéndose en todo caso la temperatura de mantenimiento en frío indicada por el fabricante de los productos objeto del contrato. Deben existir procedimientos que definan la forma de actuar en caso de avería, de forma que se asegure la calidad y seguridad del producto.

- Productos: El adjudicatario en todo momento deberá cumplir la legislación vigente que les sea de aplicación en relación a los productos del presente contrato y poner a disposición de la administración todos los controles, estudios y documentación que así lo justifique.*

Los productos no presentarán restos de productos químicos utilizados para su

mantenimiento, no presentarán parásitos ni ningún tipo de suciedad, haciendo extensible la limpieza a los envases que los contengan. En todo momento deberán presentar un aspecto sano, consistente y con el aspecto característico del tipo y variedad.

Los productos y los envases deberán estar exentos de: humedad exterior anormal, olores y/o sabores internos o externos extraños, magulladuras, picaduras, germinación, daños causados por las condiciones meteorológicas, fuertes deformaciones, parásitos, tierra, hojas, etc. y deben de contar con una caducidad adecuada.

Los productos deben ser presentados en envases limpios, de material adecuado para la buena conservación y transporte del producto. En todo momento el adjudicatario garantizará la integridad del envase con el fin de garantizar la vida útil y la seguridad de estos productos.

Será obligatorio que la presentación se realice en envases normalizados con arreglo a la legislación vigente, indicando claramente la fecha de caducidad del producto, así como todo lo necesario para garantizar la seguridad y trazabilidad del producto”.

(...)

2.5. LOTE 5: VERDURAS DE CUARTA GAMA

Descripción:

LOTE 5 : VERDURA 4ª GAMA		
	ARTÍCULO	CANT. ANUAL ESTIMADA
1	ACELGA CORTADA/HIGIENIZADA	Categoría 1ª. Bolsa 2 kg
2	AJO PELADO	Categoría 1ª. Bolsa 1 kg
3	CALABAZA PELADA	Categoría 1ª. Bolsa 5 kg
4	CEBOLLA PELADA	Categoría 1ª. Bolsa 5 kg
5	LECHUGA ICEBERG CORTADA/HIGIENIZADA	Categoría 1ª- Bolsa 1 kg
6	PATATA ENTERA PELADA	Categoría 1ª. Bolsa 5 kg
7	ZANAHORIA PELADA	Categoría 1ª. Bolsa 5 kg

En el apartado 2.5.1., se describe igual concepto que en el apartado anterior 2.1.1., lo que es cuarta gama.

“4. MEMORIA TÉCNICA Y MUESTRAS.

A efectos de valoración de la oferta, los licitadores deberán presentar una memoria técnica relacionada con la prestación del presente contrato que incluirá los siguientes puntos:

- *Certificación de sistemas de Gestión de calidad vigentes (ISO 9001 o equivalentes) por organismos acreditados de los que disponga el licitador.*
- *Certificado firmado por el licitador indicando que cuenta con departamento propio de calidad, número de personas con dedicación exclusiva en ese departamento y su formación.*
- *Plan de contingencia ante averías y alteraciones del suministro al Almacén de Víveres del Hospital.*
- *Descripción y documentación fotográfica de las instalaciones del licitador desde la que prestara el servicio del contrato (10 fotos, de ellas 3 del exterior y 7 del interior en tamaño mínimo de 10*15 cm).*
- *Documentación individualizada de la totalidad de artículos incluidos en la licitación, firmadas por representante autorizado del licitador. Dicha documentación contendrá;*
 - *Ficha técnica del artículo: Solo podrá presentarse una única ficha técnica por artículo, que corresponderá a la ofertada.*
 - *Dos fotografías de detalle del artículo ofertado, tamaño mínimo 10x15 cm, que servirán de base para la comprobación del mantenimiento de las características y calidades de los artículos durante la duración del contrato.*
 - *Certificación de que los artículos ofertados al contrato no han sido objeto de radiación ionizante.*
- *En su caso, certificado del licitador de contar con proveedores de proximidad.*
- *Registro sanitario (RGSEAA) que permita la comercialización de todos los productos que forman los lotes.*
- *Acta de inspección o documento acreditativo de tener implantado y vigente el sistema de APPCC (Análisis de Peligros y Puntos de Control Crítico).*
- *Ensayos microbiológicos que acrediten el cumplimiento de los criterios*

microbiológicos previstos en la normativa legal en materia de higiene alimentaria de todos los productos que forman el lote.

Serán Requeridos a los Licitadores las muestras de los productos ofertados, en el momento que estas vayan a ser evaluadas por el Comité de valoración técnica designado al objeto de evaluar las Memorias técnicas y productos propuestos”.

El informe técnico sobre cumplimiento de requisitos exigidos en los pliegos señala como motivo de exclusión del Lote 2 el siguiente:

“El envase que presenta no garantiza las condiciones higiénico-sanitarias requeridas en el hospital, ya que parte de los pacientes a los que va dirigido ese artículo tiene patologías inmunodeprimidas, lo que requiere de un envase hermético con atmósfera controlada o protectora.

No aporta ensayo microbiológico que acrediten el cumplimiento de los criterios microbiológicos previstos en la normativa legal en materia de higiene alimentaria de todos los productos que forman el lote, exigidos en el punto 4 del PPT”.

Alega el recurrente que el informe motiva su exclusión en características técnicas que no solo no son exigidas en los pliegos, sino que no están recogidas en ningún documento del expediente como son *“envase hermético con atmósfera controlada o protectora”.*

En la presentación de las muestras tampoco se solicita ningún ensayo microbiológico de las mismas y el cumplimiento de los criterios microbiológicos previstos en la normativa legal ya van recogidos en las fichas técnicas presentadas en la MEMORIA como se solicitaba.

Añade que la recurrente ha sido admitida al presentar correctamente toda la documentación administrativa solicitada para la licitación: solvencia económica, financiera y técnica, ISO 9001 y 14001, RGSEAA, Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control, plan de contingencia y Memoria Técnica y considera que las alegaciones del jefe de Sección de Cocina del Hospital, en su informe técnico para excluirle del Lote 2 se basa en especificaciones subjetivas.

Opone el órgano de contratación que de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas apartado 2.2.2., se exige (destaca en negrita para defender su posición).

Los productos deben ser presentados en envases limpios, **de material adecuado para la buena conservación y transporte del producto**. En todo momento el adjudicatario garantizará la **integridad del envase** con el fin de garantizar la vida útil y la **seguridad de estos productos**. **Los productos y los envases deberán estar exentos de: humedad exterior anormal**, olores y/o sabores internos o externos extraños, magulladuras, picaduras, germinación, daños causados por las condiciones meteorológicas, fuertes deformaciones, parásitos, tierra, hojas, etc. y deben de contar con una caducidad adecuada. Será obligatorio que la presentación se realice en **envases normalizados con arreglo a la legislación vigente**, indicando claramente la fecha de caducidad del producto, así como todo lo necesario **para garantizar la** seguridad y trazabilidad del producto.

Al respecto señala que las muestras presentadas por VIFRUSA estaban en condiciones, que con el simple transporte a las instalaciones del hospital venían derramadas y semiabiertas, ya que no disponía de ningún tipo de cierre ni sellado que garantizara la seguridad, trazabilidad y conservación, mencionados en el pliego, ni tampoco avale la integridad del envase e inocuidad del producto. El que se pida un envase hermético, atmósfera protectora, atmósfera controlada o cualquier otro envasado tiene como finalidad garantizar la integridad del producto y la seguridad alimentaria, y no un simple vaso con tapadera sin ningún tipo de precinto ni sellado que aporte la más mínima confianza en el producto y de dónde sale un líquido que empapaba el cartón de las muestras, suponiendo un caldo de cultivo perfecto para atraer bacterias y microorganismo capaces de adulterar y convertir en tóxico el alimento contenido en dicho envase, por eso no vale cualquier cosa y se piden envases que por lo menos garanticen unas mínimas condiciones higiénico-sanitarias para los pacientes del Hospital.

No es que el envase no cumpla los caprichos del Jefe de Sección, es que no

cumple ni una sola línea en lo que se refiere a producto y envasado, escrito línea por línea en el Pliego de Prescripciones Técnicas de este concurso.

En segundo lugar, la presentación de los correspondientes ensayos microbiológicos de los productos (no los requerimientos mínimos exigidos por Sanidad que efectivamente vienen en las fichas técnicas) deben ser presentados junto con la memoria técnica como queda perfectamente claro en el Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente en el Punto 4 Memoria Técnica y Muestras, donde dice: *“A efectos de valoración de la oferta, los licitadores deberán presentar una memoria técnica relacionada con la prestación del presente contrato que incluirá los siguientes puntos (en el último pone):*

“Ensayos microbiológicos que acrediten el cumplimiento de los criterios microbiológicos previstos en la normativa legal en materia de higiene alimentaria de todos los productos que forman el lote”. Los ensayos microbiológicos se tienen que presentar junto con la memoria técnica y posteriormente se presentarán las muestras cuando así se le indique. Simplemente con leer el documento se entiende perfectamente, en ningún caso dice que dichos ensayos se presentarán cuando se solicite, eso es solo para las muestras.

Vistas las posiciones de las partes y a la vista de lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas, si bien es cierto que como dice el recurrente no dice textualmente *“envase hermético con atmósfera controla o protectora”* sin embargo sí que establece unos requisitos de cómo deben presentarse los productos, esto es, envases de material adecuado para la buena conservación y transporte del producto que estén exentos de humedad exterior anormal, que estén normalizados con arreglo a la legislación vigente para garantizar la trazabilidad del producto. Es decir, se requiere que el producto se presente en un envase que garantice las condiciones higiénico-sanitarias.

Según informa el órgano de contratación las muestras que aportó el recurrente presentaban líquido vertido por lo que el técnico informó que no cumplían con los requisitos exigidos en el PPT. Lógicamente un producto que no venga herméticamente

cerrado es altamente probable que se produzcan vertidos del mismo en su transporte.

Resulta de aplicación al presente caso la reiterada doctrina jurisprudencial, sentada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, sobre el criterio de discrecionalidad técnica, mantenida también por los Tribunales de Contratación en sus diversas Resoluciones, en la que se atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados, circunstancia que no se da en el presente caso.

Por lo que se refiere a los ensayos microbiológicos tal y como indica el órgano de contratación estos se deben presentar con la memoria técnica, tal y como se indica en el apartado 4.4. del PPT.

En consecuencia, se desestiman las pretensiones del recurrente en relación con el Lote 2.

En cuanto al Lote 5 el motivo de exclusión es:

“Ofrece artículos como propios, cuando el RGSEAA que presenta, si bien tiene la clave 21 para vegetales, no tiene la categoría necesaria, establecida por la Agencia española de seguridad alimentaria y nutrición, dependiente del ministerio de Consumo, para fabricación, elaboración o transformación de productos vegetales, requerido en este lote.

Presenta las fichas técnicas como propias, no teniendo RGSEAA para esta actividad, en caso de que presentara el mismo de un tercero, no coincidiría con las fichas técnicas presentadas tampoco, lo cual igualmente es motivo de exclusión según el PPT”.

Alega el recurrente que de los 7 productos que componen este lote, los productos 2,5 y 6 se presentan fichas técnicas de las empresas a quien se lo compra VIFRUSA ya elaborados.

Los restantes 1, 3, 4 y 7 son productos de VIFRUSA que se elaboran en las dependencias de FRUSALAR (que cubre la fabricación, elaboración o transformación de producto vegetales) como se justificó en el requerimiento efectuado el 20 de enero con una declaración responsable de dicha Empresa. En la memoria se acompañan las fichas técnicas de estos productos como productos propios porque lo son y se envían a las dependencias de FRUSALAR donde simplemente los elaboran.

Las alegaciones ofrecidas por el jefe de Sección de Cocina HGUGM, en su informe técnico para la exclusión del lote 5 se basan en un incumplimiento no recogido en los Pliegos que prohíben presentar productos elaborados por otros proveedores, como son AJO PELADO, LECHUGA CORTADA/HIGIENIZADA y PATATA ENTERA PELADA (productos 2,5,y 6) o productos propios elaborados en otras dependencias ajenas al licitador como ACELGA CORTADA/HIGIENIZADA, CALABAZA PELADA, CEBOLLA PELADA y ZANAHORIA PELADA (productos 1,3,4 y 7) como una práctica común en el mundo empresarial.

La empresa VIFRUSA si tiene RGSEAA que le habilita para presentar la ficha técnica de sus propias hortalizas ya que estas no sufren alteración en los CRITERIOS MICROBIOLÓGICOS al ser troceadas (listas para el consumo) de IV gama, recogidos en dichas fichas técnicas.

Al respecto el órgano de contratación indica que el Punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas exige que la memoria técnica tiene que incluir una serie de puntos entre los que se encuentran:

- Ficha técnica del artículo: Solo se podrá presentar una ficha técnica por artículo, que se corresponderá a la ofertada.
- Registro sanitario (RGSEAA) que permita la comercialización de todos los productos que forman los lotes.

El reclamante presenta fichas técnicas de 4 artículos como suyos y 3 de otro proveedor, estos últimos al tener la ficha técnica correcta con su proveedor, y su

registro sanitario son correctos y cumplen.

El problema son los otros 4 artículos que la empresa VIFRUSA presenta como suyos y efectivamente lo son, pero para su venta como productos frescos, para los cuales sí que tiene el registro sanitario, pero no como productos de 4ª gama, para los cuales el registro sanitario es distinto y VIFRUSA no lo tiene reconocido por la Dirección General de Salud Pública, ya que dichos productos son transformados y elaborados y es necesario el registro sanitario que autorice dicha actividad

En la presentación de muestras, VIFRUSA presenta los 4 artículos con su etiquetado y con su registro sanitario, y en la ficha técnica dice que son productos VIFRUSA, tanto los datos de la ficha técnica como los de la etiqueta, no disponen del permiso que otorga la Dirección General de Salud Pública para la comercialización de esos 4 artículos.

Se le solicita a VIFRUSA, a través de la Mesa de contratación, un Registro Sanitario válido, ya que el suyo le permite diferentes actividades como almacenar o distribuir, pero en ningún caso transformar o elaborar como son los productos de 4ª gama objeto de este expediente, a lo cual VIFRUSA contesta que se lo hace otro proveedor, pero tampoco adjunta las fichas técnicas correctas del otro proveedor (tampoco podría hacerlo, porque como dice en el punto 4 el Pliego de Prescripciones Técnicas: *“Solo podrá presentarse una única ficha técnica por artículo, que corresponderá a la ofertada”* y el ya presentó una ficha que decía que era suya).

Es decir, presenta unas fichas técnicas que no son reales, con las muestras presenta unas etiquetas que tampoco son válidas, ya que él no es el que transforma y elabora dichos productos y cuando se le pregunta dice que es otro proveedor quien lo hace.

Todo son irregularidades, una tras otra. En contra de lo manifestado por el recurrente se permite que productos propios sean elaborados en otras dependencias siempre y cuando se diga quién es la empresa que elabora y cuál es su registro

sanitario, y sean correctos.

Vistas las alegaciones de las partes este Tribunal no puede más que acoger las pretensiones del órgano de contratación pues a la vista de las explicaciones ofrecidas no se aprecia error en el informe técnico que tiene presunción de acierto y veracidad.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Vifrusa, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de 23 de enero de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación de los Lotes 2 y 5 del contrato de “Suministro de frutas y verduras para la cocina general del Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente A/SUM-044124/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.