



EB 2017/052

Resolución 056/2017, de 8 de mayo de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por EUREST EUSKADI, S.L.U., frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Gestión de los servicios de alimentación y de la explotación de las cafeterías de la Red de Salud Mental de Bizkaia (RSMB)”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 23 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUREST EUSKADI, S.L.U. (en adelante, EUREST), frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Gestión de los servicios de alimentación y de la explotación de las cafeterías de la Red de Salud Mental de Bizkaia (RSMB)”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

El recurso, junto con el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), tuvieron entrada en el registro del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 27 de marzo de 2017.

SEGUNDO: Con fecha 31 de marzo y mediante la Resolución B-BN 08/2017, el titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento.



TERCERO: Con fecha 29 de marzo se solicitaron alegaciones a los interesados, habiéndose recibido el día 30 de marzo las de la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A. (en adelante, TAMAR).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don E.B.B., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, la exclusión del recurrente (artículo 40.2 b) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSAKIDETZA tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

1) La exclusión impugnada se basa en dos omisiones concernientes a la información a cumplimentar en el Cuadro de “características técnicas ofertadas” del sublote 6 que son meros errores formales que pudieron corregirse mediante la simple solicitud de aclaraciones, de acuerdo con las facultades previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). En estas circunstancias, la exclusión es contraria a la máxima concurrencia, a los principios esenciales en materia de unidad de mercado



(principios de necesidad y proporcionalidad) y al antiformalismo que debe regir el procedimiento de adjudicación.

2) Las omisiones en el documento de características técnicas ofertadas no implica el incumplimiento del pliego ni determina su valoración o puntuación, pues se refieren a que los productos ofertados se ajusten al Manual de Calidades (Anexo III), presuponiéndose que las empresas lo conocen y acatan, cabiendo únicamente fijar si las ofertas son o no “APTA” o “NO APTA”; antes de emitirse el informe técnico, partiendo de la base de la inmutabilidad de la oferta, se podrán solicitar aclaraciones al licitador. De hecho, las omisiones no prejuzgan el incumplimiento del Manual y son irrelevantes para la evaluación de la oferta; asimismo, se alega que no puede equipararse una omisión formal al incumplimiento de una prescripción técnica. Por otro lado, en alguno de los casos el informe no califica expresamente como “NO APTO” alguno de los productos ofertados.

3) La exclusión de la oferta de EUREST conculca el principio de igualdad de trato porque la oferta de GASTRONOMÍA CANTÁBRICA contiene idénticas y más graves omisiones en el mismo documento, algunas de las cuales se detallan en el recurso.

4) Finalmente, se solicita la nulidad del acto impugnado y la retroacción al momento de la apertura del sobre que contiene las ofertas económicas de los licitadores abriendo también el sobre de EUREST y valorándolo a los efectos oportunos.

SÉPTIMO: TAMAR presenta las alegaciones que a continuación se resumen:

1) Alega que se ha excluido por incumplir las especificaciones técnicas en trece artículos, en algún caso por no mencionar datos que ya figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), como la variedad de fruta, o por omisiones que no son ciertas, dándose la circunstancia de que las incidencias podían haberse aclarado con una simple consulta, como prevén los pliegos.



2) No ha habido igualdad de trato entre los licitadores, ya que ha contado con ventaja el anterior adjudicatario, que es el único que conoce los consumos de los 292 productos del sublte 6.

3) La única empresa declarada apta presenta también errores y omisiones en su documento de características técnicas; el principio de igualdad exigiría declarar también no apta dicha oferta, dejar desierta la adjudicación y proceder a una nueva licitación.

4) Finalmente, se solicita la suspensión de la contratación y que se proceda a una nueva licitación con todos los datos en el PPT para poder ofertar en pie de igualdad.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador expone, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse al recurso:

1) La exclusión de la oferta está correctamente justificada en el informe técnico, amparado además por la discrecionalidad técnica, y ello a pesar de que en alguno de los concretos productos no se diga expresamente si la calificación es o no “apta”; en especial, la falta de mención alguna sobre uno de los productos es inaceptable.

2) Se ha realizado un juicio de valor, aunque la valoración subjetiva sea binaria (apto o no apto).

3) Los errores no son irrelevantes o meramente formales, sino esenciales; la doctrina antiformalista invocada por el recurrente no se extiende al contenido de las ofertas técnica y económica, que es inalterable.

4) No ha habido infracción del principio de igualdad; las prescripciones del PPT se han aplicado de modo abierto, pues todas las ofertas tenían defectos en mayor o menor grado, considerándose relevantes únicamente los insubsanables.



5) No se consideran infringidos el principio de libre competencia ni la Ley de unidad de mercado.

NOVENO: El objeto del recurso es, en síntesis, determinar si el recurrente fue o no correctamente excluido por incumplir los requisitos establecidos en el Anexo III del PPT, "Manual de calidades". Para ello, es relevante el siguiente contenido de los pliegos, que rigen la licitación vinculando a la Administración y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

1) Cláusula 30.2.1 b) de la carátula del PCAP

«El presente expediente de contratación exclusivamente es susceptible de valoración de criterios objetivos como son la oferta económica y criterios evaluables mediante fórmulas que se indican más arriba:

Dado que la prestación, desde un punto de vista técnico, su alcance y características consideramos están perfectamente definidos y que la presentación de la oferta por los licitadores supone un conocimiento del pliego de prescripciones técnicas, pliego de cláusulas administrativas particulares y demás documentación que debe regir el presente contrato y que expresamente debe ser asumido y acatado en su totalidad, sin salvedad alguna, se considera que no es necesario atribuir puntuación alguna mediante un juicio de valor.

No obstante lo anterior, en relación al sublte 6 y en lo que le afecte a los restantes sublotes, se hace necesario verificar con carácter previo a la apertura de la oferta económica y criterios evaluables mediante fórmulas, que los productos ofertados se ajustan a las características requeridas en el Anexo III del Manual de Calidades en cuanto a calidad, categoría, formato, presentación etc. y a tal efecto se cumplimentará por los licitadores un "documento de características técnicas ofertadas" (se adjunta modelo) donde se indiquen los aspectos referidos a las características ofertadas, tales como marca comercial (si procede), presentación, formato, categoría, calidad etc. que permitan una perfecta identificación del producto.

El documento de características técnicas ofertadas de los productos, una vez cumplimentado, para todos los productos y debidamente firmado, fechado y sellado por el apoderado de la empresa se incorporará en el Sobre "C" de Criterios Evaluables



sobre Juicios de Valor, que también será objeto de apertura pública y se elaborará un Informe Técnico que únicamente versará sobre si cada una de las ofertas técnicas presentadas es "APTA" o "NO APTA".

La oferta será "APTA" sí a juicio del personal designado al efecto por la RSMB cumple, como mínimo, con las características técnicas exigidas en el Anexo III del Manual de Calidades, como las de la memoria indicada en los puntos 19.1 y 19.2 del Pliego de Bases Técnicas.

La oferta será considerada "NO APTA", en el mismo sentido que el párrafo anterior, cuando no cumpla las características técnicas mínimas exigibles.

La evaluación como "NO APTA" conlleva la exclusión de la oferta completa, ya que ésta es a lote único. La declaración de "NO APTA" tendrá en todo caso carácter motivado explicando en el Informe Técnico cual o cuales productos no cumplen y el porqué, las características mínimas exigibles, lo mismo que la memoria más arriba indicada.

Antes de emitirse el Informe Técnico, partiendo de la base de la inmutabilidad de la oferta, el personal técnico designado podrá solicitar al licitador las aclaraciones pertinentes que considere oportunas sobre las características técnicas de los productos ofertados y la memoria indicada.

Asimismo, dentro del plazo de presentación de ofertas podrán hacerse públicas a través del tablón de anuncios Perfil del Contratante del Gobierno Vasco las aclaraciones, dudas o consultas sobre el pliego de prescripciones técnicas, pliego de cláusulas administrativas particulares y demás documentación, que puedan surgir a los licitadores durante esta fase, cuando por reiteradas o considerarse tienen entidad suficiente, se estime necesario darle publicidad. A tal efecto las aclaraciones que han sido objeto de publicidad en el Perfil del Contratante tienen carácter vinculante tanto para la RSMB como para los licitadores.»

2) Anexo III. Manual de calidades (PPT)



- «Hamburguesa fresca: 70% Vacuno y 30% de carne de Cerdo en cajas de 6 kg., aproximadamente. Peso por unidad aproximado: 140gr. El precio será ofertado por kilogramo de producto.
- Redondo de ternera: Vacuno. Son piezas bridadas, provenientes de la zona del jamón (zona alta de los cuartos traseros) sin piel ni hueso, sin grasa exterior ni cartílagos, de aproximadamente 2/3 kg. de peso cada una. Envasado en material autorizado. El precio será ofertado por kilogramo de producto.
- Hamburguesa vegetal: 130 gr. compuesta de patata 36% y 32% de cebolla, zanahoria, guisantes y brócoli, exenta de productos de origen animal. Congeladas, en cajas de 3 kg. 30 unidades aproximadamente. El precio será ofertado por el kilogramo de producto.
- Flan de vainilla: es un preparado lácteo cremoso con caramelo líquido. Sabor vainilla. Presentación: Pack de 4 unidades, con un peso neto por unidad no inferior a 130 gr. El precio será ofertado por unidad.»

En síntesis, el poder adjudicador considera en el informe técnico que fundamenta la exclusión que la oferta de EUREST es inadmisibile por tres tipos de argumentos:

- a) En el caso del redondo de ternera se solicita de 2/3 kg. y se oferta un peso aproximado de 700 gramos; cabe la duda de que el licitador haya podido interpretar la expresión “2/3” como “dos tercios de kilogramo” y no como “entre dos y tres kilogramos”, pero es el único licitador en esa circunstancia y el peso habitual en el mercado de este producto es entre 2 y 3 kilogramos, además de que una pieza de 700 gramos se quedaría en nada después de cocinada.
- b) En el caso de la hamburguesa vegetal y el flan de vainilla, la oferta omite el dato del peso (se solicitan 130 gramos), siendo el único licitador que lo hace.
- c) En el caso de la hamburguesa fresca no se realiza oferta técnica.

En el primer supuesto, este OARC / KEAO entiende que la expresión “2/3” puede razonablemente entenderse como “dos tercios”, y que la expresión más habitual para significar “entre 2 y 3” es “2-3”, por lo que la oferta sería aceptable en este punto; debe recordarse que para llegar a esta conclusión no es preciso



demostrar que esta interpretación de los pliegos es la más correcta o la única posible, sino que es suficiente con acreditar que dichos pliegos adolecen de una oscuridad que no permite una lectura unívoca de su alcance y sentido, pues, a partir de ahí, es aplicable la doctrina que establece que la oscuridad de los documentos contractuales no puede perjudicar al licitador (ver, por todas, la Resolución 5/2017 del OARC / KEAO).

En el caso señalado en la letra b) anterior, debe recordarse que este OARC / KEAO ya ha establecido (ver las Resoluciones 72 y 133/2016) que «la falta de mención expresa en la oferta de una obligación establecida en el PPT no supone necesariamente un incumplimiento de los mismos que conlleve exclusión de la proposición, pues la mera presentación de la oferta ya supone el acatamiento de los pliegos.» Esta doctrina es especialmente oportuna en un caso como el analizado, en el que la documentación solicitada sobre la que se debate tiene como exclusiva finalidad comprobar si se cumplen o no las prescripciones técnicas y es irrelevante para la evaluación de los criterios de adjudicación, por lo que, en realidad, no es sino una reiteración de la declaración general de acatamiento de los pliegos que va implícita en la propia presentación de la proposición (artículo 145.1 del TRLCSP). Cuestión diferente sería si de la documentación se dedujera un contenido contrario al PPT, pero tal cosa no consta en este caso ni tampoco se ha alegado por el poder adjudicador.

El supuesto de la letra c) el licitador no incluye absolutamente ningún tipo de información sobre el epígrafe, lo que infringe el apartado de la carátula del PCAP transcrito más arriba, que establece que deben indicarse los datos “que permitan una perfecta identificación del producto”. Es claro que, por flexible que sea la interpretación que se quiera hacer de este inciso y del alcance que debe tener la descripción del producto, en ningún caso puede amparar la validez de la pura y simple omisión de cualquier información al respecto, por lo que la exclusión basada en este único motivo es suficiente para fundar la exclusión y desestimar el recurso. En contra de lo que afirma EUREST, no cabe alegar que el poder adjudicador pudo o debió solicitar aclaraciones sobre la incidencia. Cualquier explicación que sirva para llenar una omisión integral no es una mera subsanación o aclaración, pues supone dotar a la proposición de un contenido



donde antes no lo había, lo que es tanto como alterarla, lo que los pliegos prohíben, en consonancia con la jurisprudencia europea y la doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 105/2016 y la sentencia que en ella se cita). No es relevante que el informe no califique como “No apto” el producto, pues sí expone la infracción y califica como inadmisibile la oferta en su conjunto. Finalmente, el hecho de que exista una causa legal que justifica la exclusión del recurrente hace innecesario el análisis del argumento basado en el supuesto trato discriminatorio con respecto a la oferta de GASTRONOMÍA CANTÁBRICA pues, incluso en el caso de que se aceptara, solo podría llevar a excluir también a esta empresa, lo que no es posible porque su admisión no es parte de la pretensión de la impugnación ni, por lo tanto, del objeto de este procedimiento.

DÉCIMO: De acuerdo con una reiterada doctrina de este OARC / KEAO, la posición del alegante en el procedimiento de resolución del recurso especial no es equiparable a la del recurrente ni cabe usar el trámite de alegaciones para plantear extemporáneamente lo que debió recurrirse en tiempo y forma (ver las Resoluciones 43/2014 y 10/2015); en particular, la resolución debe ser congruente únicamente con la pretensión del recurrente (artículo 47.2 del TRLCSP), por lo que no cabe admitir la solicitud de TAMAR de proceder a una nueva licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa EUREST EUSKADI, S.L.U., frente a su exclusión de la licitación del contrato



“Gestión de los servicios de alimentación y de la explotación de las cafeterías de la Red de Salud Mental de Bizkaia (RSMB)”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 08/2017, de 31 de marzo.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko maiatzaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de mayo de 2017