

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

En Madrid, a 28 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P. A.T., en nombre y representación de ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U. (en adelante Aramark), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de enero del 2019, por el que se considera que ha retirado su oferta a la licitación del contrato “*Servicio Integral de Restauración en la Residencia de Mayores Adolfo Suarez adscrita a la Agencia Madrileña de Atención Social*” (EXP- A/SER-011040/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16, 18 y 19 de enero de 2018, se publicó respectivamente en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en BOCM, la convocatoria del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 4.910.260,08 euros. La duración del contrato es de 24 meses con posibilidad de prórroga con una duración máxima de 48 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron diez empresas, una de ellas la recurrente.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en el apartado de medios materiales, establece lo siguiente: “5.4.- *Instalaciones y equipos del adjudicatario: Cocina de Apoyo.*”

Para asegurar el cumplimiento del servicio y ante la posibilidad de que se produzcan contingencias como, huelgas, averías de agua, gas, electricidad, siniestros, obras y otras similares, que no permitan la elaboración en las cocinas del Centro, la empresa adjudicataria deberá disponer, en un radio máximo de 80 Km del Centro, de una Cocina de Apoyo, con las instalaciones adecuadas para la elaboración a través del sistema ‘Línea Fría’, que dispondrá de:

a) Local adecuado: El adjudicatario del contrato dispondrá de un local destinado a la elaboración de alimentos dotado con las instalaciones y maquinaria que sean necesarias para la prestación del servicio.

b) Espacio físico para la limpieza vehículos. La empresa adjudicataria deberá disponer de un espacio físico con las instalaciones adecuadas, para la limpieza y desinfección de los vehículos utilizados para el transporte de la comida.

c) Espacio físico para la limpieza de carros: La limpieza y desinfección de los carros de transporte será por cuenta del adjudicatario. La empresa adjudicataria deberá disponer de un espacio físico con las instalaciones adecuadas, para la limpieza y desinfección de carros utilizados para el traslado de la comida.

En cuanto a los equipos, la Cocina de Apoyo dispondrá de los siguientes:

a) Vehículos: La empresa dispondrá de los vehículos de transporte necesarios, que reunirán las condiciones apropiadas para el cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa vigente.

b) Equipos de limpieza de vehículos: Equipos adecuados, para la limpieza y desinfección de los vehículos utilizados para el traslado de la comida.

c) Carros de transporte: Deberán ser suficientes para la distribución de la comida; dichos carros se encontrarán en todo momento en perfecto estado de mantenimiento, limpieza y desinfección. Estos carros serán de materiales susceptibles de limpieza y desinfección así como resistentes a la corrosión.

d) Equipos de limpieza de carros. Equipos adecuados para la limpieza y desinfección de los carros.

Si excepcionalmente, no pudiera prestar el servicio por circunstancias no imputables al Centro, el adjudicatario deberá poner los medios necesarios para el restablecimiento normal del servicio con la mínima pérdida de tiempo sobre los horarios marcados o, si esto no fuera posible, correr con los gastos del servicio alternativo”.

Tras la tramitación oportuna con fecha 21 de diciembre de 2018, la Mesa de contratación aprobó la clasificación de las empresas admitidas y acordó requerir a la empresa, Aramark la documentación contemplada en la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), por ser la oferta económicamente más ventajosa. El requerimiento se indicaba respecto de la cocina de apoyo lo siguiente: *“5. Disponibilidad de la Cocina de Apoyo a la que hace referencia la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas para asegurar el mantenimiento del servicio en caso de que concurran las circunstancias extraordinarias, especificadas en la citada cláusula:*

Deberá acreditar la disposición de la Cocina de Apoyo referida anteriormente, mediante documento que avale cualquier negocio jurídico válido en derecho (propiedad, arrendamiento, cesión de uso, (...)) debidamente firmado por la empresa licitadora y la empresa o entidad que arriende, ceda, (...)”

En fecha 14 de enero de 2019, la empresa en respuesta al requerimiento efectuado, presenta una serie de documentos.

En fecha 15 de enero de 2019, se reúne de nuevo la Mesa de contratación y tras el examen de los documentos presentados, considera que *“se observan defectos en la documentación presentada debiendo subsanarlos de la siguiente forma:*

-Disponibilidad de la Cocina de Apoyo a la que hace referencia la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas para asegurar el mantenimiento del

servicio en caso de que concurran las circunstancias extraordinarias, especificadas en la citada cláusula:

Deberá acreditar la disposición de la Cocina de Apoyo referida anteriormente, mediante documento que avale cualquier negocio jurídico válido en derecho (propiedad),”

Realizado el correspondiente requerimiento de subsanación, la empresa presenta con fecha 17 de enero de 2019, nueva documentación consistente en el contrato de prestación de servicios de comedor escolar de fecha 1 de septiembre de 2016 y con vigencia hasta el 31 de agosto de 2021 y un documento de modificación del mencionado contrato de fecha 10 de enero de 2019, en el que se prevé la posibilidad de prórroga del contrato por un periodo de dos años, por mutuo acuerdo de las partes expresado antes de su vencimiento.

La mesa de contratación reunida el 21 de enero de 2019 a la vista de los documentos señalados entiende que: *“De acuerdo con lo anterior, el contrato presentado acredita la disponibilidad de la Cocina de Apoyo únicamente hasta el 31 de agosto de 2021, ya que establece una posibilidad de prórroga de dos años más, 31 de agosto de 2023, que depende de la voluntad futura de las partes y que en el momento actual no puede garantizarse, y que en cualquier caso no acredita la disponibilidad citada durante todo el período de duración del servicio de restauración en la Residencia de Mayores Adolfo Suárez, que podría llegar hasta el año 2023.*

El contrato presentado para acreditar la disponibilidad de la Cocina de Apoyo, tampoco garantiza las instalaciones adecuadas para la elaboración a través del sistema ‘Línea Fría’ que se exige, para la Cocina de Apoyo, en el apartado 4 de la cláusula quinta del pliego prescripciones técnicas particulares que rige el contrato”.

En consecuencia, y en aplicación de lo establecido en el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la Mesa entiende que la empresa Aramark ha retirado su oferta y acuerda proponer la

adjudicación a favor de la empresa EUREST Colectividades S.L.U. y requerirle la documentación contemplada en el artículo 151.2 del TRLCSP.

El acta de la Mesa fue publicada en el Perfil de Contratante de la Agencia con fecha 21 de enero de 2019.

Tercero.- Con fecha 13 de febrero de 2019, se recibió en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por Aramark en el que alega que ha acreditado suficientemente la disponibilidad de la cocina de apoyo exigida y que además en la petición de subsanación no se pusieron de manifiesto los defectos que posteriormente ha considerado la Mesa que motivan la consideración de retirada de la oferta. Por todo ello solicita la anulación del acuerdo y que la mesa le proponga como adjudicatario el contrato.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo 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 transpone 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 (LCSP), recibéndolos el Tribunal el 18 de febrero de 2019. En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se detallarán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de interesados en el mismo para que realizaran alegaciones en su caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, habiendo presentado escrito de alegaciones la empresa EUREST Colectividades S.L.U., en las que afirma, en síntesis, que el contrato aportado por la recurrente no puede servir de acreditación de la disposición de medios pues de su contenido se desprende la exclusividad en la prestación del servicio y además tampoco acredita ni la distancia

requerida ni el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT. Por ello solicita la desestimación del recurso.

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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Aramark para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto de trámite cualificado adoptado en un procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios cuyo importe es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1.a) y 40.2.b) de la LCSP.

Cuarto.- Especial análisis merece el acto objeto de recurso, el Acuerdo de la Mesa por el que se tiene por retirada la oferta.

Establece el artículo 44 de la LCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo, entre ellos: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el*

procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

Según lo dispuesto en el artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, *“1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una Mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas”* correspondiéndole las funciones descritas en el artículo 22 del citado Reglamento.

En el caso que analizamos el Acuerdo de la Mesa determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, y ha sido adoptado en ejecución de lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el Acta impugnada en la que consta la exclusión de la recurrente, no ha sido notificada, si bien la recurrente se da por notificada el día 23 de enero de 2019, día de la publicación en el Perfil de contratante de la Agencia y el recurso se interpuso el 13 de febrero de 2019, por lo que se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP, *“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*

Sexto.- En cuanto al fondo de recurso sostiene la recurrente que presentó documentación suficiente para acreditar la disponibilidad de la cocina exigida y que

los requerimientos de documentación y subsanación no fueron realizados de forma adecuada.

Respecto los requerimientos alega que *“en ningún momento se trasladó a esta parte la necesidad de que se acreditara: (i) la disponibilidad de la cocina de apoyo durante el plazo de duración del Contrato y la eventual prórroga del mismo (i.e. hasta el año 2023); y (ii) la existencia de instalaciones en la cocina de apoyo propuesta adecuadas para la elaboración de comidas a través del sistema “línea de frío”.*

Alega el órgano de contratación respecto a esta cuestión argumenta que *“el requerimiento de subsanación efectuado el 17 de enero de 2017 a Aramark tras ser calificada la documentación de la cláusula 15 del PCAP que presenta, es de nuevo genérico ya que NO aportó ninguna documentación sobre la cocina de apoyo, por lo que no se podía concretar más el requerimiento del día 17 de enero”.*

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y 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, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Según la documentación que consta en el expediente, el primer requerimiento se realiza de forma correcta, indicando que debe acreditarse la disponibilidad de la cocina de apoyo *“a la que hace referencia la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas”* por lo que no resulta preciso repetir los requisitos PPT y además se indica también expresamente cómo debe acreditarse.

A pesar de la alegación de la recurrente no consta que en un primer momento aportase contrato alguno o referencia a la cocina. En escrito de presentación telemática constan como documentos adjuntos:

- ESCRITURAS CONSTITUCION 01 ESCRITURA CONSTITUCION.pdf
- ESCRITURAS MODIFICACION 02 ESCRITURA MODIFICACION.pdf
- CIF SOCIEDAD 03 CIF.pdf
- DNI REPRESENTANTE LEGAL 05 DNI.pdf
- PODER BASTANTE REPRESENTANTE LEGAL 06 BASTANTEO.pdf
- ALTA IMPUESTO IAE 07 IAE.PDF
- JUSTIF PAGO IAE 08 PAGO IAE.pdf
- DECLARACION RESPONSABLE DE NOR HABERSE DADO BAJA IAE 09 DECLARACION NO BAJA IAE.pdf
- CERTIFICADO CORRIENTE PAGOS AEAT 010 AEAT.pdf

Es en el trámite de subsanación en el que se aporta el contrato y el escrito de novación. Subsanación que también se había requerido correctamente, en iguales términos que el anterior requerimiento por lo que el motivo de recurso debe ser desestimado.

Respecto al fondo de la cuestión, la recurrente alega que *“el plazo de duración del Contrato era de veinticuatro (24) meses, por lo que resulta absolutamente improcedente la exigencia de disposición de una cocina de apoyo durante el plazo de su eventual prórroga. Además, en todo caso Aramark acreditó que podía prorrogarse el Contrato de Aramark y la Congregación en virtud de lo dispuesto en la Novación del Contrato”*.

El órgano de contratación expone que *“el tiempo de duración del contrato entre Aramark y Legionarios cubre el periodo de duración del contrato, pero no sus posibles prórrogas.*

A partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, el artículo 29 de este cuerpo legal hace depender las prórrogas de los contratos administrativos no de la voluntad de las partes, como ocurría con el derogado Texto refundido, sino que es el Órgano de Contratación quien acuerda la prórroga, que se convierte en obligatoria para el contratista con un mero preaviso.

Por ello, Aramark no acreditada la disponibilidad de la cocina, ya que queda al arbitrio de la voluntad de un tercero el periodo que comprende la prórroga del contrato y que cubre desde 2021 a 2023.

Si en cualquier momento a partir de 2021 Legionarios no prorrogase el contrato suscrito con Aramark, la Administración se quedaría sin cocina de apoyo en la Residencia con el peligro potencial que esto puede suponer en caso de que la cocina del Centro quedara inutilizable por cualquier motivo”.

Como señaló el Tribunal en su Resolución 138/2018, de 9 de mayo: *“Corresponde a la Mesa comprobar la disposición efectiva de medios y valorar si la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario, es suficiente para acreditar esa disposición. Lo que necesariamente debe comprobar posteriormente y antes de la formalización, sin perjuicio que el adjudicatario pueda variar los medios propuestos, antes o incluso durante la ejecución del contrato, siempre que se cumplan los términos de la oferta.*

Cabe citar en este punto la Resolución 409/2014, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, en la que sostiene: “Es por tanto en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. En efecto, partiendo de que todas las empresas licitadoras deben presentar el compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, cuando los pliegos así lo exigen, es una vez seleccionada la empresa cuya proposición sea la más ventajosa económicamente, cuando debe procederse a exigir, y solamente a dicha empresa, la acreditación de la disponibilidad efectiva de

los medios comprometidos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP. Con ello, se da la oportunidad al órgano de contratación de comprobar, previamente a la adjudicación y formalización del contrato, que la empresa que va a ser adjudicataria dispone, realmente, de los medios que se ha comprometido a adscribir para acometer la ejecución del contrato, y si se aprecia que no se dispone de los mismos, se ordena la exclusión de la proposición en cuestión teniéndola por retirada (...) Igualmente el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 151.4 TRLCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto”. Añade el Tribunal más adelante que ‘en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 151.2 TRLCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues, como señala la Resolución número 11/2012, “corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados.

Es criterio reiterado de los tribunales de recursos contractuales que el compromiso de adscripción de medios del artículo 64.2 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, de la que constituye un plus, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación, so pena de exclusión, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios, cuya acreditación sólo

cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario”.

Por otro lado, el artículo 76.2 de la LCSP establece: “2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior”.

Por tanto, el compromiso se configura como una obligación esencial del contrato que debe acreditarse de forma fehaciente y no puede entenderse como una mera obligación de resultado a concretar en un momento posterior. De igual modo la adscripción de medios debe referirse a todo el periodo de vigencia del contrato, incluidas las posibles prórrogas que como indica el órgano de contratación, son obligatorias para el adjudicatario.

Comprueba el Tribunal que el PPT especifica claramente las condiciones que debe cumplir la cocina de apoyo exigida como adscripción de medios materiales necesarios para la ejecución del contrato.

A vista de la documentación aportada por la recurrente en respuesta al requerimiento de la mesa de contratación, no queda acreditado ni la disponibilidad de la cocina de apoyo durante la duración máxima del contrato ni el cumplimiento de

los requisitos técnicos exigidos a la misma y que constan en el PPT, sin que sea posible otorgar nuevo plazo de subsanación.

En consecuencia, la Mesa actuó correctamente al tener por retirada la oferta y el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 don P.A.T., en nombre y representación de ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de enero del 2019, por el que se considera que la recurrente ha retirado su oferta a la licitación del contrato “Servicio Integral de Restauración en la Residencia de Mayores Adolfo Suarez adscrita a la Agencia Madrileña de Atención Social” (EXP- A/SER-011040/2018).

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 58.2 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 59.1 de la LCSP.