RE 115/2019

Acuerdo 132/2019, de 31 de octubre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "TEMPO EXPRÉS, S.L.", frente a los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Servicio de transporte de comidas preparadas del Hospital "Obispo Polanco" al Hospital "San José" de Teruel», promovido por la Gerencia del Sector Teruel del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 5 de septiembre de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación del procedimiento denominado «Servicios de transporte de comidas preparadas del Hospital Obispo Polanco al Hospital San José de Teruel», promovido por la Gerencia del Sector Teruel del Servicio Aragonés de Salud. Según figura en dicho anuncio, la fecha límite de presentación de ofertas se fijaba en el día 30 de septiembre de 2019.

Se trata de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 190 000 euros.

Segundo.- Con fecha 25 de septiembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D., en nombre y representación de "TEMPO EXPRÉS, S.L.", frente a los Pliegos que rigen el contrato referido en el Antecedente anterior.

Tercero.- Con fecha 26 de septiembre de 2019 se dio traslado del recurso al órgano de contratación, que remitió el expediente y el informe oponiéndose al mismo, los días 27 y 30 de septiembre de 2019, respectivamente.

Cuarto.- Durante el trámite de audiencia conferido al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 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), no ha sido recibida alegación alguna.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "TEMPO EXPRÉS, S.L." para interponer recurso especial y su representación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra los pliegos que rigen el contrato, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- En primer lugar, este Tribunal considera necesario a la vista del contenido del escrito de recurso, señalar que la función de este Tribunal administrativo se circunscribe al análisis del procedimiento de contratación que es objeto de impugnación. Este análisis se realiza de una manera objetiva, en aplicación de la legalidad vigente; por lo que cabe advertir en este punto que el Tribunal no va a entrar, dado que no es su cometido, en las consideraciones y valoraciones subjetivas, ni en otras incidencias que la recurrente ha puesto de manifiesto con ocasión de la tramitación del presente procedimiento.

Entrando ya en el fondo del asunto, el primero de los motivos del recurso, es del siguiente tenor:

«*Tal y como se establece en el informe razonado, la necesidad a satisfacer es "Contratar el servicio de transporte de comidas preparadas desde el Hospital "Obispo Polanco" al Hospital "San José".*

Para ello el PPT en su apartado 2.2 determina el número, medidas y pesos máximos de los elementos a transportar, exponiendo en un listado desglosado por pesos los carros que tienen para la ejecución del contrato y que para lo que aquí interesan son:

a) 1 carro con peso máximo de 300 kilos cuando está cargado.
b) 2 carros con peso máximo de 290 kilos cuando están cargados.
c) 5 carros con peso máximo de 100 kilos cuando están cargados.

Por lo tanto, atendiendo a la necesidad a satisfacer en este contrato y con los pesos aportados en el PPT, la necesidad de elevación máxima real y estrictamente necesaria (Sin añadir condicionantes externos) para poder ejecutar el contrato, es de 300 kilos. (La del objeto más pesado).

Lo que expresamente SOLICITO que se reconozca».

A su vez, el órgano de contratación en el informe elaborado con motivo de la interposición del recurso defiende:

«*La experiencia acumulada desde el inicio de la prestación de este servicio, (5 años y 6 meses), demuestran que es mucho más seguro y eficaz, la carga en plataforma grande que, en una plataforma ajustada al peso y tamaño de un*

solo carro. Tener presente que en los contratos anteriores a la empresa Tempoexprés, de una duración de casi cuatro años, no existieron incidencias.

En el año 2018, con la empresa Tempoexprés, el número de incidentes ha sido de 13 comunicados al servicio de Suministros, en alguno de ellos se relacionan más de un incidente a su vez, y que no todos fueron comunicados a la empresa por escrito, teniendo sus registros de entrada correspondientes, salvo los más relevantes, pero sí fueron comunicados todos incidentes a la empresa de forma verbal, se adjuntan escritos ***(anexo 1).***

La plataforma que actualmente se utiliza en el transporte, de 300 kg máximo, se considera una plataforma para su uso de forma ocasional, se adjunta copia en la que así lo refleja el propio fabricante en la cabecera de la hoja ***(anexo 2).***

Esta plataforma con 300 kg máximo está muy limitada para su elevación de cargas. cuando uno de los carros es ya de 300 kg, podemos contar con factores externos en el que se excede este peso, por ejemplo, en ocasiones se transporta víveres de estocaje en la parte superior de los carros, que incrementan los 300 kg del carro; también una forma habitual del procedimiento de trabajo, es que el operario se apoye o suba sobre la plataforma elevada con carga, hecho que incrementa el peso a soportar por dicha plataforma, incluso tiene que entrar a la cabina para tirar del carro y posicionarlo, con unas reducidas dimensiones del vehículo que en estos momentos se utiliza para el transporte, no sería así con el vehículo que se pretende realizar el transporte (sería de mayor tamaño la cabina y mayor capacidad la plataforma, para la elevación de carros). Tampoco la carga de los carros uno a uno es sencilla, se debe realizar desde el exterior por ser la plataforma con unas dimensiones muy reducidas, introducirse el operario entre el carro elevado y la pared de la caja de la furgoneta, para luego desde dentro de la caja tirar del carro y posicionarlo, así uno a uno.

No hay semejanza posible, según lo expuesto anteriormente, a nivel de seguridad en el transporte y carga de los carros, realizar un transporte con un vehículo como el que se intenta realizar con el nuevo concurso, al que se está realizando actualmente.

Consta, se dispone de la matrícula del vehículo, que se ha tenido que utilizar otro vehículo en ocasiones por alguna avería en la plataforma (comunicado de forma verbal), por ello en los períodos, segunda quincena de mayo, mes de marzo y días del mes de abril de 2019 el transporte se realizó con un vehículo con matrícula 9990 CBP, diferente a su vez de los que presentaron al concurso».

Es decir, la actora pretende obtener de este Tribunal un pronunciamiento consistente en que se «r*econozca*» que –para atender a la necesidad a satisfacer con el contrato– basta con que la plataforma elevadora tenga una capacidad para elevar 300 kilos; pretensión a la que, en virtud de lo expuesto al comienzo de este Fundamento de Derecho, no ha lugar, al exceder de la competencia de este Tribunal y del objeto del recurso especial, en el cual no se encuentra la realización de declaraciones sobre cómo han de interpretarse los pliegos, más allá de cuando deba realizarse para resolver sobre la conformidad a Derecho de los mismos.

TERCERO.- Aduce la recurrente, como segundo motivo del recurso, que existe una contradicción entre el Pliego de la Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), respecto a la capacidad de elevación exigida a la plataforma elevadora de la que debe disponer el vehículo con el cual se ha de prestar el servicio objeto de la licitación.

En concreto, sostiene: «*Existe contradicción en el PPT que impide conocer a ciencia cierta cuál es el requisito exacto para poder licitar, al establecerse como un requisito de acceso para "los licitadores", así se establecen TEÓRICAMENTE y contradictoriamente en dos capacidades de elevación distintas en el PPT; por un lado 650 kilos (Apartado 2.1 PPT) … y por otro en los criterios de valor del anexo XII del PCAP se especifica que los pliegos exigen más de 700 kilos*».

Por su parte, el informe del órgano de contratación contrapone lo siguiente: «*La capacidad de carga de la plataforma elevadora se estableció atendiendo a las necesidades del servicio, por ese motivo se estableció un peso aproximado "hasta 650-700 Kg aproximadamente".*

Puesto que se establece el peso aproximado, el órgano de contratación admitirá las capacidades de elevación presentadas por los licitadores que más se aproximen a los pesos establecidos, por debajo de 650 kg hasta un máximo de 700 Kg. Puntuando, con 5 puntos como mejora las plataformas con capacidad de elevación superiores a 700 Kg, como se establece en el anexo XII.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente no existe contradicción entre el requisito exigido y las mejoras que los licitadores presenten en la oferta económica».

El PPT que rige el contrato –en sus apartados 2.1 y 2.2– establece:

«***2.1- Especificaciones de los vehículos.***

Para la consecución de objetivos de protección ambiental y minimizar riesgos durante el transporte, es necesario optimizar el número de viajes y el tiempo empleado en realizarlos, por estas razones, los licitadores deberán disponer de vehículos eficaces en la carga-descarga y con capacidad suficiente para alojar todos los carros.

El licitador deberá disponer de ***dos vehículos (uno de uso habitual y otro de sustitución)*** *con las siguientes características:*

- Vehículo *con caja isotérmica de superficie interior de material liso no absorbente, de fácil limpieza y desinfección.*

Dotado de ***plataforma elevadora*** *que permita la carga y descarga, con facilidad, de al menos dos carros por maniobra (medidas aproximadas de 1500mm x 2000mm) y que soporte holgadamente el peso de dos carros de los más pesados llenos (hasta 650-700 Kg. de carga aproximadamente).*

2.2.- Carros a transportar.

El número de carros a transportar depende de la ingesta y las necesidades del Hospital San José, pudiendo llegar a ser en alguno de los viajes, de 8 carros.

- 1 carro; medidas: 1135mm largo x 775 ancho x 1645 alto; peso: vacío de 242 Kg, lleno 300 kg.

- 2 carros; medidas: 1000mm largo x 780mmm ancho x 1500 mm alto, peso: vacío de 240 kg, lleno 290 kg.

- 3 carros; medidas: 950mm largo x 610mm ancho x 1450mm alto; peso: vacío 70 kg, lleno 100 kg.

- 2 carros; medidas: 820mm largo x 610mm ancho x 1500mm alto; peso: vacío 70 kg, lleno 100 kg.

Tanto las medidas como los pesos pueden variar en caso de sustitución de alguna de las unidades».

Por su parte, el Anexo XII del PCAP, establece dos criterios de adjudicación evaluables mediante la utilización de fórmulas, transcribiendo a continuación el segundo de ellos:

1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***FÓRMULA***	***PONDERACIÓN***
- *CRITERIO:* ***Oferta características del vehículo habitual*** *DOCUMENTACIÓN:* *Documentación acreditativa o compromiso de la oferta*	***1.- Vehículo frigorífico.***	***5 ptos.***
	2.- Plataforma elevadora *de carga superior a la exigida en los PPT. (superior a 700 kg)*	***5 ptos.***
	3.- Vehículo en función de su potencial contaminante según la clasificación de la Dirección General de Tráfico: (hasta 5 puntos).	
	B*: Vehículo de transporte de mercancías tanto de gasolina como de diésel matriculados a partir de 2005. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 3 y en diésel la Euro 4 y 5. ·*	***2 ptos.***
	C: *Vehículo de transporte de mercancías, tanto de gasolina como de diésel, matriculados a partir de 2014. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 4,5 y 6 y en diésel la Euro6.*	***2 ptos.***
	Eco: *Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículos como vehículo híbrido enchufable con autonomía <40km, vehículo híbrido no enchufable (HEV), vehículo propulsado por gas natural, vehlculo propulsado por gas natural (GNC y GNL) o gas licuado del petróleo (GLP).*	***2 ptos.***
	Cero emisiones: *Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículo s de la DGT como vehículo eléctrico de batería (BEV), vehículo eléctrico de autonomía extendida (REEV), vehículo eléctrico híbrido enchufab!e (PHEV) con una autonomía mínima de 40 kilómetros o vehículo de pila de combustible.*	***2 ptos.***

A la vista de los pliegos, es claro que no existe contradicción alguna y que la recurrente está poniendo en contraposición, incurriendo en un claro error, para sostener la existencia de aquélla, un requisito mínimo o prescripción técnica que ha de cumplir el vehículo que se adscribe al contrato y, por tanto obligatoria, con una mejora, esto es, un criterio de adjudicación que, como tal, no es una característica obligatoria, sino que reviste la naturaleza de ser una prestación adicional a las que figuran en el PPT, tal y como establece el artículo 145 de la LCSP. Por tanto, al no existir contradicción alguna debe ser rechazado el presente motivo.

CUARTO.- En el siguiente motivo de recurso, se argumenta que la exigencia de elevación de los pliegos entre 650-700 kilogramos implica que la plataforma exigida sea la que tiene capacidad para elevar 750 kilogramos, al no existir en el mercado, según ella, plataformas homologadas intermedias con capacidad para elevar entre 600 y 750 kilogramos y que estas últimas sólo pueden ser montadas en vehículos chasis cabina (tipo Camión), lo que a su vez impediría la utilización del muelle de carga cuya altura es de 2,40 metros. Ello –según su criterio– da lugar, en la práctica, a que se valore con 5 puntos (Anexo XII del PCAP), dentro de los criterios automáticos, un «*requisito de admisión a la licitación*».

Literalmente, el recurso, aduce:

«*En la alegación anterior se resaltó en negrita y subrayado lo de* ***TEORICAMENTE****, ya que en el mercado no existen plataformas homologadas de esos pesos, solo existen plataformas homologadas para 600 kilos y para 750 kilos, no existiendo plataformas en el mercado con pesos intermedios, por lo que es evidente que* ***solicitar una plataforma con un peso solo 1 kilo superior a los 600 (601), equivale a EXIGIR una plataforma de 750 kilos.***

Aporto certificación de instalador de plataformas en ese sentido, aclarando que se insiste tanto en este dato por su extrema importancia, ya que las

plataformas de 750 kilos tal y como certifican en ese mismo informe, solo se pueden montar en vehículos chasis cabina (Tipo CAMIÓN, (adjunto 1)), ***lo que impide tácticamente que entre en el muelle de 2.40 metros de altura****.*
Por lo tanto la capacidad real requerida es de 750 kilos, lo que tiene implícitas 2 consecuencias diferentes:

1. ***Se impide el uso de los vehículos que pueden cumplir el antiguo requisito de utilizar el muelle de 2.40 metros de altura****.*
2. *Si las únicas plataformas que pueden utilizarse para elevar 650 kilos son las plataformas homologadas para 750 kilos o más, el PCAP recoge en los criterios de adjudicación de su anexo XII****, la valoración con 5 puntos de las plataformas necesarias para cumplir con los criterios de admisión a la licitación***».

A su vez, el órgano de contratación se opone a estos argumentos defendiendo: «*Lo correspondiente a los pesos de las plataformas se ha descrito en el punto anterior, el peso que se solicita es el peso a elevar aproximado.*
Si la plataforma que se presenta es de 600 o 750 kg se aceptará (valorándose si presenta la de 750 kgs. según el PCAP), no se exige una plataforma de unos kilos exactos, sino el peso que tienen que elevar.
Existen en el mercado plataformas de 750 kg que se pueden montar en vehículos tipo furgón, se adjunta ***(anexo 3),*** *en contradicción a lo expuesto por Tempoexpres: "... las plataformas para 750 kilos, sólo se pueden montar en vehículos chasis cabina (Tipo CAMIÓN,,,)".*
Respecto a la zona de carga y dentro de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, se establece un único punto de carga, el que se considera más adecuado al poder concurrir el máximo de empresas posible, sin ningún tipo de limitación en altura como la hay actualmente».

La clave del argumento de la recurrente es que según manifiesta, dado que no existen plataformas elevadoras con capacidad entre 601 y 749 kilogramos, exigir plataformas que eleven como mínimo 650 supone en la práctica exigir plataformas de 750 kilogramos. Para acreditarlo aporta junto con el escrito de recurso, un documento emitido por una persona física que

manifiesta estar «*expresamente autorizado*» por una empresa dedicada a la actividad de fabricación de carrocerías, en el que se afirma tal extremo.

Este hecho no se niega por el órgano de contratación. Lo que sí rebate el órgano de contratación es que las plataformas de 750 kilogramos sólo se puedan montar en vehículos tipo furgón, cuestión ésta que se sostiene por la recurrente al efecto de poner de manifiesto que ello impide a los vehículos entrar en el muelle de 2,40 metros. Esta cuestión se aduce a lo largo de todo el recurso; sin embargo, examinados los pliegos que rigen la licitación, no existe –tal y como señala el órgano de contratación– limitación alguna de altura a los vehículos que han de prestar el servicio, por lo que carece de trascendencia tal cuestión.

Pues bien, según la recurrente la exigencia de plataformas que eleven como mínimo 650 kilogramos supone en la práctica exigir plataformas de 750 kilos, lo que determina que el criterio de adjudicación correspondiente a la mejora vista en el fundamento de derecho anterior, en la que otorga 5 puntos por ofrecer una plataforma elevadora con capacidad superior a 700 kilogramos, está valorando lo que constituye una prescripción técnica mínima, lo que a juicio de la recurrente «*implica la nulidad del pliego*», sin que por la recurrente se ofrezca, como resulta exigible, argumento alguno más allá de la mera afirmación, que permita sostener la consecuencia de la pretendida nulidad. Así, aun asumiendo como hecho cierto lo alegado por la recurrente, a pesar de que este Tribunal considera que el certificado aportado para acreditarlo no resulta prueba idónea para acreditarlo, ello no sería determinante de la nulidad del criterio de adjudicación impugnado, ni menos aún del PCAP, puesto que en realidad, atendiendo a una interpretación literal del pliego se está valorando como mejora una capacidad superior a la exigida como prescripción técnica mínima. Y si las plataformas existentes en el mercado actualmente determinaran la circunstancia expresada por la recurrente, la consecuencia de ello sería que todas las ofertas obtendrían la valoración de 5 puntos por el mismo, lo que determinaría la ineficacia del criterio en la práctica; pero dado que ningún perjuicio ni ningún beneficio se ocasionaría a ninguna licitadora que

conculque el principio de igualdad, no puede sostenerse que incurra el criterio impugnado en vulneración alguna determinante de su nulidad o anulabilidad.

Por ello, procede rechazar el motivo analizado.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso, redundando en los anteriores, postula que los Pliegos impugnados establecen una estimación errónea del peso mínimo que ha de levantar la plataforma del vehículo para poder elevar de dos en dos los carros que se han de transportar, lo que determina –a su juicio– que los requisitos exigidos son «*innecesarios*» y totalmente desproporcionados.

Literalmente, se indica en el escrito de recurso lo siguiente:
«*Primero. Según el PPT, solo hay un carro que cargado puede llegar a 300 kilos y otros dos a 290, por lo que con una simple suma, sabemos que el peso máximo juntando dos carros, solo puede llegar a 590 kilos, por lo tanto, aún en el improbable caso de entender exigible esa condición, con una plataforma para 600 kilos ya sería suficiente, a no ser que se pretenda poner en cuestión el sistema de homologaciones del ministerio de Industria, algo que deberían denunciar ante el ministerio si no están de acuerdo con ellas.*
Segundo. Teniendo 2 carros iguales de 290 kilos y otro más alto de 300, a nadie se le ocurriría cargar a la vez dos carros distintos, siempre se cargarían juntos los dos que son iguales (290 kilos), por lo que la suma máxima en ese caso serían (580 Kilos).
Tercero. Con un ápice de inteligencia, y una simple orden de la empresa, el trabajador cargaría un carro pesado con un carro ligero (Sería más seguro y exigiría menos esfuerzo con el mismo resultado), por lo que solo sería necesario para ejecutar el contrato respetando la condición impuesta (de elevar dos carros simultáneamente) subir uno pesado con uno ligero (300 + 100), por lo que utilizar plataformas de 400 kilos ya cumpliría con este requisito exigido en pliegos.
Ahora bien, siendo evidente según lo aclarado en la alegación primera (Que solo es necesario plataforma de 300 kilos) solo queda por revisar y

destripar los motivos aducidos en pliegos para que establezcan un peso muy superior (Más del doble).
Podemos resumir todo lo anterior en que para ejecutar correctamente el servicio solo es necesario una plataforma de 300 kilos de elevación; ya que al estar homologada, está diseñada para hacerlo así, holgadamente y con total seguridad, siendo el único motivo aducido "optimizar el tiempo empleado en realizar los viajes", para exigir realizar la carga y descarga de dos en dos carros, lo que amplía la necesidad de elevación (Por esa APARENTE OPTIMIZACIÓN), a 400 kilos. SALVO QUE SE ADMITA EL CAPRICHO DE TENER QUE LEVANTAR CONTRA TODO SENTIDO COMÚN LOS DOS MÁS PESADOS A LA VEZ.
Por lo que los pliegos están solicitando requisitos innecesarios y totalmente desproporcionados 750 kilos para la necesidad real de levantar 300, motivo por el que deberían ser anulados».

El informe del órgano de contratación se opone también a este motivo de recurso argumentando: «*Decir que el peso de 290 kg y de 300 kg es aproximado, con los víveres de estocaje y menaje, se puede superar estos kilos (se cargan en la parte superior del carro), según contempla el apartado 1 del pliego PA 8/GST/19. También se pueden superar estos kilos en el procedimiento de carga de los carros (se expone en el apartado uno del presente escrito).*
Se solicita una plataforma que soporte el peso de dos carros de los más pesados, de esta manera el contratista puede establecer cualquier combinación de carros a elevar en cada operación. Con todo lo expuesto, con dos carros sí podrían llegar a superar los 600 kg».

A la vista del PPT, se comprueba que en la licitación se exige disponer de un vehículo que goce de una plataforma elevadora con capacidad para permitir la carga y descarga de dos carros por maniobra, y que soporte «*holgadamente el peso de dos carros de los más pesados llenos (hasta 650-700 kg de carga aproximadamente)*»; frente a ello, la recurrente sostiene la prestación del servicio licitado no requiere que la plataforma elevadora del vehículo soporte más de 300 kilogramos.

Pues bien, la resolución del presente motivo requiere partir de la base de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP) y que, en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación expresamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso indica que son éstas, precisamente, las funcionalidades y exigencias técnicas que pretende hacer cumplir.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que, citando la Resolución 688/2015, afirma que: «*La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación*». Y añade más recientemente dicho Tribunal administrativo, sobre la posible vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP –correlativo al vigente artículo 126.6 de la LCSP–, en su Resolución 143/2018, de 9 de febrero, «*Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas*

aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen».

También la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de fecha 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15), incide en el amplio margen de que disponen los poderes adjudicadores para determinar los elementos a tener en cuenta de cara a la adjudicación del contrato, siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Este criterio lo ha mantenido este Tribunal en el Acuerdo 86/2017, de 24 de julio, en el que además también se señala que: «*En todo caso, y respetando los principios de la contratación pública (139 TRLCSP), y en especial, el principio de igualdad de trato, que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (por todas, STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo), debe volver a recordarse que el órgano de contratación goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen. Y así se ha señalado en nuestros Acuerdos 91/2015 y 56/2016 (criterio que igualmente sostiene el Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 115/2011 y 83/2012 al recordar la existencia de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación)».*

Pues bien, en virtud de la doctrina transcrita no puede concluir que con la definición que se ha hecho del objeto de la prestación y sus características, el principio de igualdad ha sido conculcado, al no haberse acreditado, de un lado, los extremos que invoca la recurrente ni apreciado, de otro, la voluntad de primar determinadas empresas o productos –por parte del órgano de

contratación– a la hora de establecer las prescripciones técnicas que rigen la licitación. Consecuencia de lo anterior debe ser la desestimación del motivo del recurso.

SEXTO.- Como quinto motivo del recurso, redunda la recurrente en los motivos anteriores introduciendo, de forma algo confusa, una referencia a las «*homologaciones del Ministerio de Industria*».

Así, literalmente en el escrito de recurso se aduce:
«*Exige el apartado 2.2 del pliego el requisito de soportar holgadamente el peso de los dos carros más pesados pese a ser el peso máximo a levantar de 300 kilos y pese a que los dos carros más pesados juntos, pesan 590 kilos. Añadiendo con esa holgura sin que pueda saberse lo realmente exigido, entre 60 y 110 kilos más de lo necesario para poder ejecutar el contrato según normativa legal.*
Entendemos que no se pueden discutir las homologaciones que realiza el Ministerio de Industria, ya que en ellas ya se tienen en cuenta los márgenes de seguridad oportunos que se suponen suficientes e indiscutibles y que aparte de esos márgenes, también son obligatorios sistemas de seguridad que impidan se les dé un uso inapropiado, como son las válvulas de seguridad.
Cuando una máquina está homologada y certificada con el sello de la Unión Europea significa que ha sido probada para soportar en condiciones de seguridad un peso bastante mayor, con los márgenes de seguridad y en las condiciones marcadas por la Unión Europea, y que por lo tanto YA SOPORTA HOLGADAMENTE EL PESO PARA EL QUE ESTÁ HOMOLOGADA Y NO NECESITA MAS HOLGURAS.
Con el debido respeto, me creo en la obligación de decirles, que la única consecuencia que supondría intentar subir un carro de 400 kilos con una plataforma homologada de 300, sería que se abrirían las válvulas de seguridad que impiden que el circuito de aceite adquiera una presión que ponga en

peligro el sistema y por lo tanto simplemente la plataforma no subiría (No habría ningún problema de seguridad ni de caída de lo que suba la plataforma ni nada, SIMPLEMENTE NO SE MOVERÍA. Es por ello por lo que se homologan por industria, porque son completamente seguras.

Discutir que es necesario añadir otro margen de seguridad a los establecidos por industria y la propia Unión Europea, sería poner en entredicho su labor y buen hacer junto con la inutilidad de las Directivas Europeas en que se basan las homologaciones que llevan su sello.

Para ello, el artículo 2.2 del Real Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos. Define la 2. Homologación de tipo CE: procedimiento mediante el cual un Estado miembro del EEE certifica que un tipo de vehículo. sistema, componente o unidad técnica independiente ***cumple las correspondientes disposiciones administrativas y requisitos técnicos de las Directivas 2002/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de marzo de 2002, relativa a la homologación*** *de los vehículos de motor de dos o tres ruedas y por la que se deroga la Directiva 92/61/CEE del Consejo; 2003/37/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la homologación de los tractores agrícolas o forestales, de sus remolques y de su maquinaria intercambiable remolcada, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas de dichos vehículos y por la que se deroga la Directiva 74/150/CEE y la Directiva 2007/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se crea una marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos...*

Entendemos que es norma establecida que no se pueden solicitar para acceder a un contrato, requisitos no necesarios para su ejecución ya que reducen la competencia, la concurrencia y suponen un sobrecoste para las

empresas que tengan que realizar una inversión que de otra manera se ahorrarían, en beneficio de otras que ya dispongan de lo solicitado, lo que atenta contra los principios de la contratación administrativa. En este caso supondrá un sobrecoste para la administración y una desventaja para esta empresa el añadir esa holgura a los pesos máximos que implica el uso de una plataforma mayor lo que obliga a una inversión ya que quedó demostrado, por la documentación presentada en la licitación anulada, que la única empresa que licita y tiene los medios solicitados era GIFRUTA. Por lo que se deberían anular los pliegos».

A este motivo del recurso, se opone el órgano de contratación en los términos siguientes:

«*En el contrato vigente se solicitaba una plataforma que soportara como mínimo 350 kg, a lo largo de la ejecución del contrato se han acumulado diferentes incidentes debido a la escasa capacidad de carga, una de ellas, la grave caída de un carro con todas las comidas en abril del 2018, se adjuntan escritos,* ***anexo 1,*** *y otras con derrames de los platos en los carros* ***(anexo 4).***

El número de incidentes se detallan en el punto uno, del presente escrito.

Estos han sido, uno de los motivos que se considera importante para ampliar la capacidad de carga.

Termina afirmando que la única empresa que licita y tiene los medios solicitados es GIFRUTA, sin embargo, la empresa reclamante, que es la que está realizando el servicio actualmente, dispone al menos de un vehículo con los medios solicitados. Durante la segunda quincena del mes de mayo, la empresa recurrente realizo el servicio con el vehículo de matrícula 9990 CBP que dispone de los medios solicitados en las prescripciones del concurso recurrido.

No se entiende como la recurrente afirma que los medios solicitados solo los tiene GIFRUTA, cuando la empresa recurrente utiliza vehículos con los medios solicitados».

Este motivo debe ser rechazado por la misma argumentación invocada en el anterior Fundamento de Derecho, esto es, porque es al órgano de contratación,

y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP), sin haber logrado el convencimiento de este Tribunal de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables y que no respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato, por lo que procede igualmente desestimar el motivo de recurso aquí analizado.

SÉPTIMO.- Como sexto motivo del recurso, argumenta la recurrente que la exigencia de que la plataforma de elevación soporte 650-700 kilogramos, conlleva una contradicción con el objetivo que los pliegos estipulan de optimizar el número de viajes y el tiempo empleado en realizarlos.

Postula la actora en su escrito de recurso lo siguiente:

«*El único motivo esgrimido en pliegos (Si había alguno más debería venir en ellos y lo que no está en pliegos NO EXISTE ni debe perjudicar a los licitadores) es optimizar el tiempo empleado.*

Usan para establecerlo una falacia (Que subir los carros de dos en dos ahorra tiempo), falacia que consiste en partir de un dato cierto y palmario con un planteamiento erróneo para llegar a una conclusión falsa o errónea. Parten de una realidad palmaria (Subir los carros de dos en dos llevará la mitad de tiempo que de uno en uno), pero el planteamiento es erróneo, (Solo es cierto mientras no se modifiquen el resto de parámetros), y en este caso cambia todo el resto de parámetros (la distancia a recorrer, las dificultades para realizarlo y la altura a la que hay que elevarlos).

Pasamos a analizar el resto de parámetros que influyen en el proceso de carga y descarga, demostrando que cargar los carros de dos en dos NO OPTIMIZA el tiempo, solo es APARIENCIA y EL RESULTADO ES TODO LO CONTRARIO DE LO PRETENDIDO (Se pierde tiempo):

1.- El vehículo empleado para subir los carros de uno en uno, tiene una altura al suelo que es aproximadamente la mitad que la del vehículo con plataforma para subir dos simultáneamente ((Adjunto 2) foto demostrativa). Por lo que es evidente que el tiempo de elevar los carros es el mismo en ambos casos, el elevador tarda el mismo tiempo en subir dos carros a 1 metro de altura y bajar para cargar los siguientes, que en subir y bajar 2 veces (1 carro cada vez), ya que en ambos casos recorre la misma distancia, dos metros (1 metro+ 1 metro= 2) que (0,5 + 0,5 + 0,5 + 0,5 = 2), es de simple lógica que al aumentar la altura, no se optimiza tiempo.

2.- Hay que pasar por delante de la zona de carga de 2,40 metros (Muelle) para ir a la zona de carga (que permite la carga simultanea de dos carros (Altura superior a 2,40 metros)), por lo que contamos desde la puerta de salida a esa estancia común los pasos y el tiempo que hay hasta cada una de las zonas de carga (29 y 13, aumentando la distancia en 16 pasos (más del doble), y medimos el tiempo hasta que se tarda andando en vacío (sin el carro) hasta cada una de las zonas gravándolo en video (Adjunto en Pen drive), anotamos el tiempo que marca el video al pasar por la puerta y al llegar a cada zona de carga con el siguiente resultado:

- Muelle: en la puerta marca 22" y en zona de carga 32" = 10 segundos.

- Zona de carga: en la puerta 15" y en zona de carga 37" = 22 segundos.

Se pierden 12 segundos en llevar el carro a la zona de carga, siendo evidente que hay que deshacer el recorrido para volver a por el siguiente carro (12 X 2 = 24 segundos por carro): también es evidente que en el servicio de comidas hay que llevar 5 carros, ***(24 X 5 = 120).***

A mayor abundamiento, esto se produce haciendo los recorridos sin carros, siendo evidente que realizarlo con un carro de 290 o 300 kilos incrementaría los tiempos cuando menos proporcionalmente y evidentemente en mayor medida en el recorrido para llegar a la zona de carga donde hay que hacer varios quiebros y atravesar por un pasillo muy estrecho.

3.- En el muelle, el vehículo queda parado en un plano horizontal (Adjunto 3), facilitando enormemente el trabajo ya que se empujan los carros en plano (Sin inclinación) una vez subidos al vehículo y para poner los frenos y atarlos no existe la inercia del plano inclinado.

4.- Contrariamente, en la zona de carga, que ahora exigen, el vehículo queda parado ***en un plano inclinado*** *(Adjunto 4), por lo que hay que empujar cuesta arriba un carro (300 kilos) que lleva unas pequeñas ruedas por el vehículo arriba, y la inercia tira del carro para abajo dificultando las labores, lo que nuevamente incrementa el tiempo empleado.*

Solo el incremento de tiempo que se produce por el desplazamiento de los carros hasta la zona de carga, que como hemos comentado en el mejor de los casos es de 120 segundos, y convierte la pretendida optimización en todo lo contrario.

Si se pone en duda esto, SOLICITO prueba consistente en realizar la carga de los dos carros más pesados de las dos formas expuestas, de dos en dos en el muelle propuesto con el vehículo propuesto y según se realiza en estos momentos, cronometrando los tiempos.

Queda demostrado que el REQUISITO Y NECESIDAD DE OPTIMIZAR EL TIEMPO se cumple realizando la carga y descarga por el muelle de carro en carro, suponiendo una optimización mínima de 2 minutos sobre la carga y descarga de los carros de dos en dos por la zona de carga.

Atendiendo a los pliegos (Ley del contrato) que establecen la necesidad de optimizar el tiempo, debería resultar obligatorio utilizar la zona de carga que realmente lo optimice (EL MUELLE)

Como hacen lo contrario, es motivo suficiente para anular los pliegos».

También a este argumento se opone el órgano de contratación alegando:

«*En el análisis que realiza del tiempo empleado para la carga y anclaje de los carros no tiene en cuenta el tiempo que utiliza el operario en subir y bajar de la cabina para introducir los carros, tirando de ellos uno a uno y el tiempo de anclaje de los mismos. Es una subida/bajada por carro/operación a llevar a cabo. Es un análisis totalmente interesado.*

Una plataforma mayor, la que se solicita, se reduce el tiempo a la mitad, y el

riesgo del accidente del operario, ya que el tiempo contabilizado que presenta Tempoexprés es igual o inferior, al tiempo que no ha tenido en cuenta y no ha contabilizado y es el tiempo en subir, bajar, introducir, posicionar y anclar los carros».

De nuevo la recurrente realiza afirmaciones que, sin más, no constituyen base probatoria suficiente para la acreditación de los hechos y extremos alegados como sustento del presente motivo del recurso, que habida cuenta de su complejidad, exige un análisis de índole técnica que este Tribunal no puede realizar. Se trata, por tanto, de una apreciación subjetiva que no puede ser acogida, al haberse apoyado en una opinión carente de sustento probatorio. Por lo que –de nuevo– debe resolverse este motivo partiendo de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo y, dado que los requisitos exigidos no resultan injustificados o irrazonables y respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato, procede rechazar el motivo analizado.

OCTAVO.- Manifiesta la recurrente, en su séptimo motivo del recurso, su disconformidad con ciertos requisitos y exigencias contenidas en el PPT que consideran una vulneración del poder de dirección de la empresa e incluso cesión ilegal de trabajadores. En concreto, se opone a que los pliegos establezcan:

- La obligación de que los trabajadores, en la realización del servicio, vayan uniformados (apartado 2.3. PPT).
- Hora exacta para el comienzo y finalización del trabajo (apartado 3.3. PPT).
- Forma en que hay que realizar el trabajo (apartado 3.3. PPT).
- Ruta a realizar para el cumplimiento del servicio de transporte (apartado 3.3. PPT).

Todo ello, a juicio de la recurrente, supone una vulneración del poder de dirección de la empresa, entendiendo –además– que se incumplen las instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión en contrataciones de servicios y encomiendas de gestión, a fin de evitar incurrir en supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

A este respecto, el órgano de contratación, en su informe, indica:

«*En ningún caso se pretende suplantar el poder de dirección de la empresa, sino conseguir un servicio eficiente, para lo cual se redactan una serie de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato y que el contratista tiene que cumplir, impartiendo las instrucciones necesarias a sus trabajadores para realizar un servicio adecuado a lo exigido. El recurrente asimila (torticeramente) las prescripciones técnicas con el poder de dirección de la empresa y cesión ilegal de trabajadores*

1. *En cuanto a la uniformidad*

- Los trabajadores que realizan el servicio, acceden a las zonas de hospitalización del Hospital San José y a la Cocina Central del Hospital Obispo Polanco. El acceso a dichas zonas es necesario que todos los trabajadores utilicen uniformidad de uso exclusivo, por una parte, se evita el acceso con ropa utilizada en otras actividades y por otra identifica a los trabajadores que van a realizar el servicio.

2. *En cuanto al horario*

Es necesario establecer horarios de inicio y fin del servicio para evitar demoras en la recogida y entrega de las comidas preparadas y no alterar el buen funcionamiento de los servicios implicados.

3. *En cuanto a la forma*

No se pretende establecer la forma en que se deba realizar el trabajo, solo se pretende que el contenido de los carros a transportar (comidas emplatadas, en bandejas individuales, sin manipulación posterior al transporte) han de llegar intactas, sin desplazamientos de platos, derrames de líquidos... de ahí la insistencia para que adjudicatario realice el transporte a baja velocidad, por el recorrido más llano y corto, evitando movimientos bruscos.

4. *En cuanto al recorrido*

Se indica los recorridos buscando la seguridad del contenido, por eso se hace referencia a evitar el traslado por la Cuesta del Cofiero, ya que contiene curvas y pendientes muy pronunciadas. El único recorrido viable es el que se describe, el otro a utilizar esporádicamente es más largo.

Se exigen medios que permiten realizar el servicio eficazmente, corresponde a la empresa adjudicataria decidir el número de carros a elevar en la plataforma. También corresponde a la empresa adjudicataria establecer si el servicio lo realizara uno o más trabajadores».

El motivo analizado debe ser rechazado por carecer del mínimo fundamento, pues ninguna relación existe entre la vulneración denunciada –poder de dirección de la empresa y cesión ilegal de trabajadores– y las clausulas impugnadas, las cuales son manifestación de la concreción del objeto del contrato y características de la prestación, función que corresponde en exclusiva al órgano de contratación, no al licitador, y sin que los requisitos y condiciones del servicio a prestar exigidos resulten injustificados o irrazonables y sin que incidan en la forma en que ha de organizar el adjudicataria la prestación del servicio.

NOVENO.- Como octavo motivo de recurso, la recurrente sostiene que procede declarar la nulidad de los pliegos por la peligrosidad que los trabajos puedan suponer para los trabajadores por exigirse en ellos que se eleven los carros de dos en dos así como por establecer una zona de carga o descarga distinta a la estipulada en anteriores licitaciones, cuya altura obligaba a que los vehículos no superasen los 2,40 metros de altura. Apoya su argumento con un informe realizado por la empresa "MAS PREVENCIÓN".

Literalmente, el escrito de recurso señala lo siguiente:

«*Recoge el apartado 4.1 del PPT el* ***"obligado cumplimiento de las normas*** *en materia de seguridad, salud,* ***prevención de riesgos laborales ..."***

También obliga ese mismo apartado a "realizar la evaluación de riesgos"

…

En previsión de estas exigencias ***y <u>dada la aparente peligrosidad de realizar los trabajos según especifican los pliegos</u>,*** *esta empresa solicitó informe al servicio de prevención de la empresa gestionado por MAS PREENCIÓN (Adjunto 5) describiendo como habría que realizar los trabajos.*

El servicio de prevención nos indica en su contestación (Adjunto 6) que según el método INSH el riesgo de sufrir un accidente sale alto y sus consecuencias extremadamente dañinas, por lo que el riesgo para el trabajador es intolerable no debiéndose hacer las tareas de ese modo, entendiendo que la única manera de realizar las tareas en condiciones de seguridad para los trabajadores es realizarlas por el muelle que solo permite vehículos de 2,4 metros de altura.

Esto es coherente y justifica la previsión de todas las anteriores licitaciones indicada en el antecedente quinto y que reproduzco

- *La zona acceso para la carga de carros de alimentación en el Hospital Obispo Polanco es de una altura máxima de 2,40 metros en rampa, por lo que la altura del vehículo se debe limitar a dicha altura y/o se dispondrá de vehículo con arrastre motorizado para carro y su carga en el vehículo de transporte correspondiente. En el caso de no existir ninguna oferta que cumpla con estos requisitos se aceptarán otras ofertas de vehículos con alturas superiores, en cuyo caso se establecerá otro circuito para la recogida de las comidas en el Hospital Obispo Polanco.*

Parece claro que son, o al menos eran, conocedores (Se supone que por su propio servicio de prevención) de los altos y graves riesgos que supone utilizar la zona de carga que ahora exigen y que trataban de evitarla a toda costa, autorizando solo su ejecución en esas condiciones en el caso de que nadie pudiera realizarlo por el muelle de 2,40 metros de altura. ES decir, lo que ahora se exige para (en teoría) ganar unos segundos, se consideró muchos años como el último recurso dados los altos y graves riesgos que puede suponer para los trabajadores.

Dado que realizar los trabajos como exigen en pliegos entendemos puede

poner en riesgo la salud e integridad de los trabajadores, cuando no es necesario y cuando se puede realizar con vehículos más pequeños, subiendo los carros de uno en uno por el muelle correcto de 2,40 metros de altura en perfectas condiciones de seguridad. Se entiende necesario anular los pliegos».

A su vez, el informe del órgano de contratación, se opone al motivo:

«Los PPT establecen requisitos que aseguren el buen funcionamiento del servicio.

El punto 2.e del PPT expresa: "La empresa adjudicataria asignará todos los recursos humanos y materiales necesarios para llevar a cabo eficientemente el servicio adjudicado.

El personal asignado, por la empresa adjudicataria, estará capacitado y formado para la prestación del servicio, incluida formación en materia de manipulación de alimentos y de riesgos laborales relacionado con la actividad objeto del contrato."

Respecto a los posibles riesgos para los trabajadores que podrían sufrir como consecuencia de la zona de carga establecida, corresponde a la empresa adjudicataria establecer las medidas de protección una vez elaborada la evaluación de los riesgos.

Si con ello se debe tomar las medidas necesarias para eliminar los riesgos a los trabajadores, como el doble anclado de los carros o bien incrementar el número de trabajadores en la carga y descarga, o cualquier otra medida encaminada a mejorar las condiciones de seguridad de los trabajadores, le corresponderá a la empresa adjudicataria tomar las medidas necesarias.

A este respecto indicar que el servicio se ha realizado por la zona de carga durante varios años sin que la empresa adjudicataria manifestase riesgos para los trabajadores por el hecho de realizar la carga de los carros en la zona de carga, a pesar del desnivel que tiene. Tampoco hubo caídas de carros ni derrames durante la ejecución del contrato anterior a Tempoexprés, a pesar de ser ejecutado durante el doble de tiempo cargando por la zona de carga que por la zona del muelle (por la zona de

carga se ha realizado durante casi cuatro años con el plano inclinado, y dos años y medio por la zona de muelle, en estos momentos).
Destacar, entre todos los incidentes, el del día 16 de abril del 2018, en la carga de un carro en el muelle de carga, a pesar de ser una zona llana, un carro con las comidas preparadas con un peso aproximado de 300 kg cayó al suelo desde la plataforma, pudiendo haber causado graves daños al trabajador de la empresa Tempoexprés, por suerte el contenedor no cayó sobre el trabajador (se adjunta escrito en el anexo 1)».

Realmente no se solicita que este Tribunal se pronuncie sobre la irregularidad jurídica de los Pliegos –que, por otro lado, no argumenta– sino que la impugnación se basa en meras conjeturas e hipótesis sobre las consecuencias que la ejecución de las prestaciones podría conllevar, obviando, de nuevo, que es al órgano de contratación a quien corresponde definir las prestaciones a percibir del contratista.

Asimismo, procede aquí señalar como hicimos en nuestro Acuerdo 59/2018, de 11 de julio, que «*a la vista de esta pretensión, es preciso recordar, que el recurso especial en materia de contratación, tiene como finalidad –ex artículo 1 LCSP– garantizar que la contratación del sector público se ajuste a 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, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*
Es decir, que con el recurso especial, como ya señaló este Tribunal en su Acuerdo 96/2016, de 27 de septiembre, "se trata de garantizar la tutela de los derechos que las Directivas europeas reconocen a los licitadores, y que quedan plasmados en las normas nacionales que las trasponen. Estos son los parámetros en los que deben producirse las resoluciones de este Tribunal, sin

que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito"».

Así, dado que el planteamiento gira en torno a la materia de seguridad y salud en el trabajo, por tanto una cuestión de índole exclusivamente laboral, que excede del ámbito que acaba de definirse, y que no puede resolverse con la aplicación de la normativa en materia de contratación pública, procede declarar la inadmisión de esta pretensión del recurso, por no ser de competencia de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21.1.a) de la LMMCSPA y 22.2 y 23 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

DÉCIMO.- Denuncia la recurrente en el motivo noveno del recurso, la exigencia en los pliegos de vehículos con una superficie útil de, al menos, 7 metros cuadrados señalando lo siguiente:

«*Al igual que con las plataformas, no existen en el mercado vehículos de 7 metros cuadrados de caja que puedan entrar en el muelle adecuado de 2,40 metros de altura, por lo que solicitar este requisito implicará igualmente la carga y descarga por la zona de carga {con el plano inclinado}, lo que hemos determinado que no es asumible por los altos riesgos que implican.*

El motivo aducido para tal requisito es optimizar el número de viajes, lo que transpolado implica, que para en alguna ocasión puedan llegar a transportarse la totalidad (apartado 2.2 PPT) de los 8 carros de que disponen (Cosa que hasta ahora NUNCA ha ocurrido en casi 20 meses de ejecución del contrato) y ahorrarse un viaje de unos 2 kilómetros, obligan a utilizar todo el año un vehículo muy superior y que evidentemente no cogerá en el muelle adecuado, poniendo en riesgo la salud e integridad de los trabajadores.

Es evidente que la optimización del número de viajes es una labor que corresponde al ámbito de dirección del empresario, y es tan evidente como que por el propio bolsillo del empresario, este va a optimizar el número de viajes.

Hasta el momento, el límite de carros transportados es de 5 (NUNCA se nos ha requerido transportar más), esta afirmación la realiza la empresa que lleva realizando el servicio objeto del contrato casi 20 meses y espero que no sea contrariada por el órgano de contratación en su informe, en cuyo caso SOLICITO prueba consistente en tomar declaración y careo del responsable de cocina, la encargada y el responsable del servicio de esta empresa al que gustosamente facilitaré los datos.

Aunque algún día se produjera la necesidad de transportar los 8 carros, ningún trastorno podría causarle al órgano de contratación y ningún impedimento habría que se hiciera en 2 viajes, ya sean simultáneos (con los dos vehículos que exigen tener adscritos al contrato (Anexo VI del PCAP).

Ya sea con dos viajes consecutivos, ya que NUNCA (salvo intencionadamente) como veremos más adelante, NUNCA se trasladarían los 8 carros llenos.

Aunque sea loable el intento del órgano de contratación de velar por el bolsillo del contratista, entendemos que lo lógico es indicar en pliegos la capacidad necesaria o como máximo exigir la capacidad habitual y valorar una mayor, nunca exigir la capacidad para simplemente albergar la totalidad de los carros que tienen (Que pedirían si tuviesen 200 carros y solo utilizasen de 5 en 5).

ANALIZAMOS LAS <u>NECESIDADES REALES</u> de volumen a satisfacer mediante este contrato:

Establece el apartado 2.2

> *El número de carros a transportar depende de la ingesta y las necesidades del Hospital San José, pudiendo llegar a ser, en alguno de los viajes, de 8 carros.*

Para posteriormente indicar las medidas y número de carros que pueden ser transportados, listando un total de 8 carros, por lo que es evidente que están indicando que en algún momento determinado (Nunca ha sucedido) puede llegarse a transportar la totalidad de lo disponible.

Dado que esta empresa lleva realizando el servicio casi 20 meses y que con solo contrastar los dos PPT se observa que no existe ninguna diferencia en el número y medidas de los carros a transportar ni en las necesidades del servicio o forma de realizarlo, si las aseveraciones que aquí realizamos son discutidas o no dadas por ciertas, deberían resolverse mediante prueba contradictoria que solicito en este mismo momento, consistente como ya hemos pedido anteriormente en declaración y careo entre el responsable de cocina, el encargado de cocina y el responsable de esta empresa para la ejecución del contrato.

De la lectura y literalidad del apartado 3.3 PPT queda patente que los carros salvo que voluntariamente se pretenda, NUNCA SE UTILIZAN A LA VEZ y por lo tanto nunca se transportarán todos juntos, ya que establece un circuito donde se intercambian unos por otros; en resumen y (siguiendo el desarrollo del apartado 3.3) transcribo como se está realizando este servicio en la actualidad; (abreviamos con HSJ al Hospital San José y HOP el Obispo Polanco) el número entre paréntesis es el número de carros que se transportan.

DESAYUNO 08:30.

1.1 Se recoge en (HSJ) los carros usados de la cena anterior (4 vacíos) y se transportan al (HOP) para su limpieza, e inmediatamente

1.2 Se recoge (HOP) los carros con los desayunos (2 llenos) y se transportan al (HSJ).

Se observa que 4 están cargados y sucios en el HSJ y otros 4 están en el HOP y que el trabajo consiste en intercambiar los 4 carros que están en un Hospital por dos del otro, es decir (te llevo unos carros y recojo otros) lo que impide se transporten los ocho a la vez.

COMIDA 12:30.

2.1 Se recogen (HSJ) los carros usados del desayuno (2) y se transportan al

(HOP) para limpiarlos.

2.2. Se recogen (HOP) los carros con las comidas (5 = 3 llenos+ 2 vacíos para devolver en el siguiente viaje los restos) y se transportan al (HSJ).

Se observa que 2 están en HSJ y 6 están en HOP, el trabajo consiste en intercambiar 5 carros de un Hospital por 2 del otro, es decir (llevo 5 carros y recojo 2) lo que impide se transporten los 8 a la vez.

MEDIO DIA 14:00.

3.1 Se recoge en (HSJ) los carros usados de comida (5) y se transportan al (HOP) para limpiarlos.

Se observa que este es el único momento cuando los 8 carros están juntos y por lo tanto en el siguiente servicio (la cena) sería el único momento posible para transportar los 8 a la vez; pero veremos en la cena que esto tampoco es posible:

CENA 19:30.

2.1 Se recogen (HOP) los carros con las cenas (4=2 llenos+ 2 vacíos para devolver en el siguiente viaje los restos) y se transportan al (HSJ).

Se observa que 4 quedan en HSJ y 4 están en HOP, pero SIEMPRE tienen que quedar en el HOP los dos carros que hay que recoger a las 8:30 de la mañana con los desayunos, ya que de lo contrario no habría donde cargar estos desayunos, lo que impide se transporten los 8 a la vez.

De esta transcripción de la ejecución del contrato, se desprende claramente que la máxima necesidad de la correcta ejecución del contrato es de 5 carros, si bien y solo teóricamente, podría llegar a darse el caso (NUNCA A OCURRIDO) de poder transportar 6 y solo en el momento de realizar el servicio de la cena donde hay menos requerimientos, ya que la comida es el único servicio donde se entrega un carro para el Hospital de día (Motivo de los 5 carros en este servicio).

Como inciso quiero dejar patente que la necesidad a cubrir es llevar la comida desde la cocina del (HOP) a los pacientes del (HSJ), por lo que en caso necesario, SIEMPRE SERÍA POSIBLE sin que quepa ningún obstáculo, impedimento o trastorno (Salvo el coste para el contratista) y cumpliendo los horarios máximos estipulados en pliegos, realizar el servicio con un

vehículo donde solo cogieran 3 carros que es el máximo número de carros que se transportan cargados con comidas.

SIENDO 3 el número imprescindible de carros que debe poder transportar simultáneamente el vehículo que se utilice, pudiendo considerarse adecuado 4 y aconsejable 5.

La determinación real de esta necesidad como requisito de acceso, tiene la EXTREMA importancia de determinar si el trabajo se realiza de forma segura por el muelle adecuado o impide que pueda ser utilizado, en cuyo caso se pondría en riesgo la Salud, seguridad e integridad de los trabajadores».

El apartado 3.3. del PPT, relativo al horario y distribución de comidas, establece:

"*Los horarios estarán condicionados a las necesidades de los servicios, no considerándose en ningún caso definitivo. Las posibles modificaciones serán comunicadas a la empresa adjudicataria por escrito.*

Debe entenderse que los horarios de entrega detallados, se refieren a la hora en que los carros están en las plantas de hospitalización, comedores u office para su distribución. La recogida de carros, ya usados, se realizará en el Hospital San José y deberán ser entregados en el Hospital Obispo Polanco con anterioridad a la hora detallada en este pliego.

- *8:30 horas recoger los carros con los desayunos preparados y estocajes en el Hospital Obispo Polanco. Traslado y entrega en el Hospital San José en este orden: Hospital de Día, 1ª y 2ª planta. La entrega finalizara antes de las 9:00 horas.*
- *9:00 horas recoger los carros usados de las cenas en el Hospital San José. La entrega en el Hospital Obispo Polanco finalizara antes de las 9:45 horas.*
- *12:30 horas recoger los carros con las comidas preparadas, los carros para el menaje y los estocajes, en el Hospital Obispo Polanco. Traslado y entrega en el Hospital San José en este orden: Hospital de Día, 1ª y 2ª planta. La entrega debe finalizar antes de las 13:10 horas.*
- *14:00 horas recoger los carros usados de las comidas en el Hospital San*

José. La entrega en el Hospital Obispo Polanco finalizara antes de las 15:00 horas.

- *19:30 horas recoger los carros con las cenas preparadas, los carros para el menaje y los estocajes en el Hospital Obispo Polanco. Traslado y entrega en el Hospital San José, 1ª y 2ª planta. La entrega debe finalizar antes de las 20:10 horas.*

El adjudicatario elaborara un plan de contingencias para hacer frente a las incidencias que puedan surgir en la realización del servicio, de manera que se mantenga la operatividad del mismo, así como establecer los medios y recursos necesarios en caso de incidencias, averías y otros.

La carga/descarga y los traslados con los carros se realizarán a baja velocidad, sin movimientos bruscos, evitando movimientos del vehículo que provoquen derrames de alimentos en los carros. La carga, descarga y traslado se realizará sin demoras, en el menor tiempo posible.

La ruta habitual será por las siguientes calles: Ruiz Jarabe; Avd. Sagunto; Viaducto; Ovalo; Calle San Francisco y Avd. Zaragoza. Cuando estas calles estén cortadas (vaquillas, medievales, obras...) la ruta se realizará por la Plaza Constitución; Avd. Europa; carretera Castralvo hasta acceder a la variante y de allí a la Avda. Zaragoza. En ningún caso se realizarán los traslados de carros por la Cuesta del Cofiero.

Corresponde a la empresa adjudicataria determinar el sistema de sujeción o amarre de los carros tanto en la carga y descarga como en el transporte"».

El órgano de contratación, se opone a este motivo del recurso aduciendo:

«*La exigencia de la caja es de aproximadamente 7 metros cuadrados, ya que en uno de los viajes se podrían transportar 8 carros (son aproximadamente cinco metros cuadrados de ocupación de carros y tres metros cuadrados de maniobra y paso del operario).*

Todos los procesos de preparación, elaboración y distribución de las comidas preparadas, deben garantizar la inocuidad de los alimentos. Las recogidas y entregas de las comidas, se deben ajustar a la memoria de actividad de la Cocina Central y del Hospital San José donde se suministra.

Los horarios, recogidas y entregas se ajustan a la organización de los centros hospitalarios (se refleja en el 3.3 Horarios de distribución de las comidas, del Pliego de Prescripciones Técnicas correspondiente).
Los viajes se han establecido de tal manera que eviten posibles contaminaciones cruzadas entre los carros sucios y los carros con comidas preparadas, tanto en el transporte como en las instalaciones de la Cocina.
No se debe entregar los carros sucios en los horarios de recogida de comidas preparadas, y actualmente se está realizando así, esto se evita en el nuevo concurso, con el transporte de 8 carros y una cabina de 7 metros cuadrados aproximadamente.
Los carros usados de los desayunos son recogidos con lo usado en las comidas, para evitar que estén en la cocina central en el momento del emplatado de las comidas. Es en este viaje de recogida de carros sucios cuando se acumulan los 8 carros».

Al parecer, la recurrente impugna la cláusula 2.2 del PPT en la que se señala que puede llegar a ser necesario transportar hasta ocho carros a la vez. Así, la recurrente afirma que no existe esta necesidad y que el establecimiento de tal requisito y su consecuencia en cuanto al tamaño del vehículo que exige su transporte y el lugar por donde han de realizarse las operaciones de carga y descarga, entrañan un riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores.

Y, otra vez, la recurrente funda su denuncia en afirmaciones puramente subjetivas que, sin más, no constituyen base probatoria suficiente para la acreditación de los hechos y extremos alegados como sustento del presente motivo del recurso, y que se ven discutidos y negados por lo señalado por el órgano de contratación en su informe al recurso. Nuevamente, por tanto, debe resolverse este motivo de forma desestimatoria puesto que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, sin que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables y sin que vulneren los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

UNDÉCIMO.- Manifiesta la recurrente en el motivo décimo de recurso, su disconformidad con las penalidades establecidas en los Pliegos considerándolas abusivas, desproporcionadas y contradictorias aduciendo:

1. Que deben recogerse en el PCAP y no en el PPT que rige el contrato.
2. Considera que las penalidades contempladas no son proporcionales a la gravedad de las infracciones.
3. Manifiesta que existe contradicción entre el PPT y PCAP.

En el escrito de recurso se sostiene lo siguiente:

«*Esta alegación no tendría razón de ser salvo por el hecho de que esta empresa es la que en la actualidad está realizando el servicio y que durante su ejecución ha tenido 3 incidentes (1 frenazo leve 1 frenazo fuerte (para evitar atropellar a una señora que salió corriendo por detrás de un autobús sin que hubiera paso de cebra) y pisar un bache por esquivar un vehículo,) (Adjunto 7) foto del volcado del bol de este último incidente (Recordemos que los carros se llevan cargados con comida 3 veces al día) 3 X 965 = 2,895 viajes con comida cargada.*

Pese a las comunicaciones de las incidencias, y nuestra solicitud en ellas de que se nombre un responsable del contrato como exige la Ley (Tal y como se lo comunicamos en las contestaciones) (adjuntos 8 y 9), se puede apreciar que después de 14 meses (Desde el 23-07-2018), que llevamos reclamando la obligación legal de nombrar un responsable del contrato, esto no ha sido atendido.

La necesidad de que nombren un responsable es que cumpla con las obligaciones que la Ley le impone ante los incidentes del contrato (Analizar junto al responsable de la empresa los motivos de cada incidente para una vez analizado IMPARTIR LAS INSTRUCCIONES para evitar que esos incidentes se reproduzcan).

En un contrato de transporte donde es patente que se circula por la vía pública junto al resto de personas y vehículos, es inevitable que a lo largo

de miles de trayectos, no surja alguna incidencia que pueda provocar un volantazo, un frenazo, pasar por un bache o incluso un indeseado accidente que pueda desplazar o incluso volcar los bol en que van las comidas.

Es evidente que eso no es una especificación técnica incumplida, ni una prestación defectuosa, ni un mal funcionamiento del servicio (Tal y como ya han pretendido Adjuntos 10 y 11) ni cualquier otra cosa que se les pueda ocurrir. Pese a ello se ha intentado vincular el evitar el atropello de un peatón, con incumplir una prescripción técnica y consideran una prestación defectuosa el simple hecho de que al frenar para evitar arrollar a una señora, se haya derramado comida.

Es de remarcar que en la comunicación ya se hace referencia explícita a que es a los efectos de lo previsto en el anexo X (adjunto 12) y que no es otro que el de las penalidades, donde se recoge expresamente el cumplimiento defectuoso, por lo que la intencionalidad del órgano de contratación quedó meridianamente clara (Si hay derrame hay sanción).

Entendemos que como en el contrato anterior no estaba recogido expresamente que la caída de un bol o el derrame de comida por CUALQUIER MOTIVO fuera un cumplimiento defectuoso, no se sancionó a esta empresa.

En el anexo XIV del presente PCAP se sigue recogiendo como punible el cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato recogiendo "El incumplimiento de cualquiera de las prescripciones técnicas" y para que no quede ninguna duda, el apartado 5 del PPT ya recoge lo que consideran un cumplimiento defectuoso (Adjunto 13).

En este anexo se recoge como cumplimiento defectuoso:

1- *Dejar inservible una sola comida (Normalmente se trasladan más de 30) y se supone que el volcado o derrame de un solo bol ya la deja inservible.*
2- *Retrasarse 11 minutos en la hora de recogida (Siendo que lo verdaderamente importante es la hora de entrega en el correspondiente servicio).*

3- Una simple queja (Aunque expresen que justificada y por escrito).

A estos supuestos hay que hacerles las siguientes observaciones:

1- El régimen de penalidades debería recogerse en el PCAP, por lo que haberlo establecido en el PPT implica la nulidad de los pliegos.

2- El PCAP establece las penalidades Únicamente por su número, no por su gravedad; así llevará aparejada la misma sanción (Cancelación del contrato) volcar un solo bol tres veces durante la ejecución del contrato, como el volcado de tres carros con sus 28 comidas derramadas.

También lleva la misma pena tres simples quejas por escrito (Con independencia de la gravedad de las quejas) que volcar los 3 carros. (A modo de ejemplo una queja justificada por escrito puede ser simplemente que al trabajador se le olvidó avisar de que dejaba los carros en su sitio).

Al no ser la penalidades proporcionales a la gravedad de las infracciones, no respetan la legalidad, por lo que los pliegos deberían ser anulados.

3- Mientras que el PCAP no hace distinción por la gravedad, el PPT las cataloga en leves o graves y esta contradicción impide conocer el alcance de esas cláusulas y los pliegos deberían anularse.

4- Consideran defectuoso dejar inservible una sola comida, cosa que en principio solo ocurrirá en caso de accidente o incidente de circulación y sin que se recoja la necesidad de culpa, con dos agravantes, que se lleva siempre 1 comida por planta de sobra para cubrir posibles incidencias y que según el apartado 5 del PPT se considera infracción grave la manipulación de las comidas, entendemos que por lo tanto los operarios no pueden abrir los carros para comprobar el estado en que se encuentran las comidas antes de recogerlas ni al entregarlas, todo ello, deja la resolución del contrato en manos de la buena o mala fe del órgano de contratación.

5- El retraso de 11 minutos en la recogida o entrega, eso implica que se considere como incumplimiento, que por un atasco, por encontrarse una rueda pinchada, por una avería, o por cualquier razón incluida la culpa de conductor, se retrase en 11 minutos la llegada a la cocina para

recoger las comidas, con independencia de que se entregue dentro del horario estipulado en el PCAP. (Si se retrasa en la recogida y por lo tanto también en la entrega ¿serán 2 incumplimientos?) (Dará lo mismo retrasarse 21 minutos que 4 horas?) y si no se realiza el servicio un día no es sancionable porque no existe retraso?...

Esta previsión NO recoge la culpabilidad y se sanciona aquello que no tiene absoluta incidencia en la calidad de la prestación del servicio.

Contrariamente ninguna consecuencia se aplica al caso de culpa de la administración de que presentado en trabajador en hora, no se tenga preparada la comida y se tenga que esperar para realizar el servicio. (ASÍ HA OCURRIDO INCONTABLES VECES tal y como se les puso de manifiesto en la contestación al volcado de un bol (Adjunto 9) donde les ponemos como simple ejemplo que eso sucedió dos días consecutivos.

6- *Siendo que los pliegos obligan a quien no los recurre y dado el abusivo, desproporcionado y contradictorio régimen de penalidades, y de los antecedentes de la intencionalidad de su aplicación, nos vemos en la obligación de solicitar que se le declare ese régimen NO conforme a derecho, anulando los pliegos*».

El órgano de contratación, en su informe, a su vez, opone lo siguiente:

«*La reclamante manifiesta que solo ha tenido tres incidentes "un frenazo leve, un frenazo fuerte y pisar un bache", con resultado de un bol volcado, sin embargo, evita nombrar otras que dispone de registrados de entrada y se les ha comunicado verbalmente, como por ejemplo, la manipulación de las comidas por parte de su empresa para evitarse más viajes al hospital de Día del Hospital San José, retrasos en las entregas de los registros de limpieza del vehículo.*

Por otra parte, indicar que las penalidades no están contempladas en los Pliego de Prescripciones Técnicas, están recogidas en el anexo XIV del PCAP. En el PPT únicamente se enumeran posibles prestaciones defectuosas con el fin de evitar futuros incidentes e interpretaciones interesadas en el caso que sea necesario apercibir o penalizar a la empresa adjudicataria. Y no tiene ninguna relación con criterios

En lo referente a las penalidades se considera imprescindible concretar a qué se refiere cada penalidad. En el desarrollo-ejecución de cualquier contrato, y en el momento que existe una incidencia, se solicita que se pronuncie previamente la empresa adjudicataria, antes de penalizar. Por ello, si el motivo está justificado, no se penaliza.

El contenido del PPT está regulado en los artículos 123 a126 de la LCSP.

El artículo 125 relaciona la "definición de ***"determinadas*** *prescripciones técnicas"*

El artículo 126, punto 2, dice: "Las prescripciones técnicas ***podrán*** *referirse..".*

Las palabras "determinadas" y "podrán" quiere decir que NO se tienen que limitar a la descripción de prescripciones técnicas que hace la Ley.

No hay una descripción exhaustiva en la Ley de las clases de prescripciones técnicas, y éstas definen la manera en que ha de realizar la prestación de servicio, y las definiciones de "cumplimiento defectuoso" no deja de ser una explicación de cómo NO se tiene que realizar el servicio.

Por tanto, nada impide que se establezca en el PPT las definiciones de cumplimiento defectuoso (aunque estaría mejor en el PCAP para evitar interpretaciones interesadas), pero dado que no influye para nada en limitar la concurrencia ni en la valoración de las ofertas entendemos que no debe acceder a lo solicitado de anular los pliegos».

El tenor literal del Anexo XIV del PCAP es el siguiente:

«***ANEXO XIV***

PENALIDADES

(Especificar para cada lote, en su caso)

RÉGIMEN POTESTATIVO DE PENALIDADES

☐ *Penalidades por incumplimiento de plazos*

Penalidades:

☒ *Cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato*

Penalidades:

- *El incumplimiento de cualquiera de las especificaciones en el Pliego*

de Prescripciones Técnicas llevará implícito el apercibimiento por escrito al adjudicatario.

- *El segundo apercibimiento por escrito llevará consigo una penalización del 2% del importe anual de adjudicación.*
- *El tercer apercibimiento en seis meses, supondrá la cancelación del contrato y la incautación del aval o garantía definitiva.*

☒ *Incumplimiento de los compromisos de adscripción de medios*

Penalidades: Resolución del contrato

☒ *Incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato*

Penalidades: Resolución del contrato

☒ *Incumplimiento de características de la oferta vinculadas a los criterios de adjudicación*

Penalidades:

Si en el transcurso del periodo de ejecución del contrato no se cumplieran alguno de los medios o servicios ofertados que se hayan tenido en cuenta para la adjudicación en lo referido a criterios de adjudicación se impondrá una penalidad consistente en el 10% de la facturación mensual hasta que se produzca su subsanación.

☒ *Incumplimiento de obligaciones en materia laboral:*

☐ *Subrogación de trabajadores*

☒ *Cotización en la Seguridad Social*

☒ *Impago de salarios*

***Penalidades**: El primer mes que se tenga constancia del incumplimiento, se pondrá una penalidad del 10% de la facturación mensual total. Si continua el mes siguiente con el incumplimiento se rescindirá el contrato y se incautará el aval o garantía definitiva.*

(Las penalidades se impondrían tras la tramitación del correspondiente expediente)».

El apartado 5 del PPT, relativo al cumplimiento defectuoso del servicio, establece:

«*La prestación defectuosa o incumplimiento de los servicios contratados dará lugar a la imposición de penalidades establecidas el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

*Se considerará prestación defectuosa **leve,** el incumplimiento esporádico de alguna de sus obligaciones, entre ellas:*

- *Retraso superior a 10 minutos en la recogida o entrega de los carros, según horarios establecidos en el punto 3.3 de este pliego.*
- *Dejar inservible de una a cinco comidas contenidas en los carros durante los desplazamientos, carga/descarga o el transporte entre los centros.*
- *Los derrames de restos de comida o caídas del menaje sucio de las bandejas, en los carros.*
- *El deterioro de las instalaciones o carros, ocasionado por mal uso por parte del personal empleado por el adjudicatario.*

*Se considerará prestación defectuosa **grave,** el incumplimiento esporádico de alguna de sus obligaciones, en particular:*

- *Acumulación de dos faltas leves en un periodo de 30 días.*
- *Retraso superior a 20 minutos en la recogida o entrega de los carros, según horarios establecidos en el punto 3.3 de este pliego.*
- *Dejar inservibles más de cinco comidas contenidas en los carros durante los desplazamientos carga/descarga o el transporte entre los centros.*
- *La manipulación de las comidas preparadas durante el transporte.*
- *El vuelco o caída de algún carro en las maniobras de carga, descarga o transporte.*
- *Retraso superior a 30 días en las reparaciones que sea responsabilidad del adjudicatario*
- *El trato desconsiderado del personal del contratista hacia los usuarios o trabajadores de los centros.*
- *El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este pliego, si una vez advertido el contratista, se mantiene el incumplimiento o no se corrige la deficiencia de forma inmediata.*
- *Las quejas justificadas y por escrito, de la Dirección del Hospital San José por mal servicio.*
- *El deterioro grave de las instalaciones o los carros, ocasionado por negligencia grave, o mal uso por parte del personal empleado por el*

adjudicatario».

El punto de partida para resolver el presente motivo lo constituyen los artículos 192 y 193 de la LCSP, que prevén –específica y respectivamente– la posibilidad de incluir penalidades en los pliegos frente al incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso del contrato y a la demora en su ejecución por parte del contratista, y vienen a establecer una serie de límites, entre los que se encuentra, indudablemente, la necesidad de que aquéllas vayan en proporción con la gravedad del incumplimiento, nota ésta –precisamente– de la proporcionalidad que discute la recurrente.

Pues bien, en primer lugar no existe quiebra de la proporcionalidad de la penalidad respecto a la entidad del incumplimiento, siendo que la gravedad del incumplimiento se ha definido en atención a la reincidencia en la comisión de incumplimientos de manera que, a mayor número de éstos, aumenta la penalidad, se considera un ejercicio proporcionado y no arbitrario de la facultad de imposición de penalidades.

Por otro lado, debe rechazarse de plano la alegación relativa a que el sistema de penalidades no esté recogido en el PCAP, como exige la ley, pues precisamente donde está establecido es en el Anexo XIV del mismo.

Tampoco cabe sostener válidamente que haya contradicción alguna entre ambos pliegos puesto que, aunque el PPT establezca dos categorías de prestaciones defectuosas –leve y grave–, ello carece de incidencia en cuanto a las penalidades, y ningún efecto en su régimen tiene, puesto que estas están establecidas y gradúan su gravedad en atención únicamente a la reincidencia.

En cuanto a la supuesta falta de alusión en el PPT a la culpa del contratista o la falta de previsión de que la culpa del incumplimiento defectuoso sea imputable a la Administración, hay que tener en cuenta que los preceptos de la LCSP antes citados que establecen el régimen de las penalidades vinculan necesariamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que puede ser objeto de la penalidad a que el mismo sea por «*causas imputables al*

contratista», por lo que necesariamente deberá mediar dolo o culpa del contratista. Por tanto, en todo caso cuando exista un incumplimiento del contratista, la cuestión a resolver será si dicho incumplimiento es o no culpable, y ello por mor de la propia legislación contractual, sin necesidad de que así se prevea expresamente por el PPT, puesto que así viene exigido de forma imperativa por aquélla. Por ello, tampoco puede acogerse el argumento analizado.

En consecuencia, procede rechazar la pretensión de la recurrente.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Servicio de transporte de comidas preparadas del Hospital “Obispo Polanco” al Hospital “San José” de Teruel», convocado por la Gerencia del Sector Teruel del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.