



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACCIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 2/2019

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de concesión de la obra pública para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses y un centro de salud que está vinculado al mismo

SSCC CA 151/09

Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Gran Hospital Can Misses, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25 de febrero de 2020

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa concesionaria Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se aprueban las propuestas de la Comisión mixta de seguimiento del contrato de concesión de la obra pública para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses y un centro de salud que está vinculado al mismo, llevada a cabo el 18 de abril de 2018, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 25 de febrero de 2020, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 15 de marzo de 2010, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y los representantes de Gran Hospital Can Misses, SA, (en adelante la concesionaria o la recurrente), firmaron el contrato de concesión de la obra pública para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses y de dos centros de salud que están vinculados al mismo.

El punto seis del pliego de prescripciones técnicas del contrato, prevé la aplicación automática de deducciones sobre el canon variable por carencia de disponibilidad o defectos de calidad en la prestación de los servicios no clínicos de la concesión y relaciona los concretos motivos de deducción para cada uno de los servicios. Uno de estos motivos es el incumplimiento de la normativa relativa a los sistemas de análisis de peligros y control de puntos críticos (APPCC) en los servicios de restauración y de cafetería o comedor del personal.

2. El 15 de abril de 2013, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y los representantes de la concesionaria formalizaron una modificación del contrato, en la que, entre otros, se cambió el número de centros de salud vinculados al nuevo complejo asistencial de Can Misses, que pasó de dos a uno.
3. El 18 de abril de 2018, la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato se reunió para tratar, entre otros, las incidencias relativas en los servicios de restauración —de la 285306 a la 285341— y de cafetería o comedor del personal —de la 285349 a la 285378— detectadas en las inspecciones 58/2017, de 2 de noviembre, 59/2017, de 3 de noviembre, y 60/2017, de 6 de noviembre, que dieron lugar a varios expedientes de deducción —del 22637 al 22668 y del 22670 al 22702, respectivamente— sobre los que no se llegó a un acuerdo.

En el acta de la Comisión Mixta de Seguimiento de día 18 de abril de 2018, queda reflejado que la Administración mantiene, entre otros, que faltan los registros relativos a la fecha de congelación y descongelación de ciertos alimentos, y que la única fecha real de que se dispone es la fecha de caducidad, por lo que se habrían utilizado alimentos posiblemente caducados, puesto que la concesionaria no puede demostrar que los alimentos se hayan congelado en el momento adecuado. Además, parece que antes de la fecha de caducidad se habrían congelado productos refrigerados para evitar su caducidad. Además, tampoco figuran las fechas de congelación y descongelación en las etiquetas de las bolsas de los alimentos ni en los documentos presentados después de las inspecciones, por lo que la concesionaria no puede acreditar que haya realizado correctamente el procedimiento de congelación y descongelación, ni siquiera que haya congelado los alimentos.

La concesionaria mantiene, entre otros, que no hay registros de los alimentos que se han congelado y descongelado el mismo mes porque el inventario se realiza el último día del mes. En todo caso, se ha seguido el procedimiento de congelación de manera correcta y no se han servido alimentos caducados. Las

fechas de congelación y descongelación se ponían en las etiquetas de las bolsas de los alimentos y se tiraban un vez vaciadas. Aunque la concesionaria no dispone de registros que acrediten que todo el procedimiento se ha realizado de manera correcta, dispone de otros documentos que, relacionados entre sí, pueden llegar a justificarlo. Por tanto, la Administración no puede demostrar que la concesionaria haya servido alimentos caducados.

4. El 10 de septiembre de 2018, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, dictó la Resolución por la que se aprueban las propuestas de la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato llevada a cabo el 18 de abril de 2018, entre las que están las referidas a los expedientes de deducción por falta de disponibilidad o defectos de calidad en la prestación de los servicios no clínicos, sobre los que no se llegó a un acuerdo en la reunión de cierre del ciclo mensual de incidencias y expedientes de deducción. Esta Resolución se notificó al recurrente el 17 de septiembre de 2018.
5. El 17 de octubre de 2018, el representante de la concesionaria interpuso ante el Servicio de Salud de las Illes Balears un recurso especial en materia de contratación contra esta Resolución y solicitó, como medida provisional, la suspensión de la Resolución, ya que, a su parecer, la continuación de la ejecución afectaría la finalidad legítima del recurso y le causaría evidentes perjuicios económicos.
6. El recurso se recibió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 11 de enero de 2019.

La recurrente fundamenta el recurso en los argumentos siguientes:

1. Las incidencias que han dado lugar a las deducciones, no están tipificadas como infracción ni la Administración ha podido acreditar ningún incumplimiento.
2. La concesionaria no ha servido alimentos caducados y ha seguido correctamente los procedimientos de congelación y caducidad.
3. El conjunto de incidencias constituyen una infracción única, aunque afectara a varios barquetes en el servicio de restauración y en el servicio de cafetería o comedor del personal.

Con estos argumentos, la recurrente pide que se declare nula, anulable o no conforme a derecho la Resolución impugnada, en concreto, la imposición de deducciones por las incidencias del servicio de alimentación derivadas de las inspecciones 56/2017, de 25 de octubre, 58/2017, de 2 de noviembre, 59/2017, de 3 de noviembre, 60/2017, de 6 de noviembre, 61/2017, de 7 de noviembre y 63/2017, de 14 de noviembre. Subsidiariamente, la recurrente pide que, en

todo caso, se considere que el conjunto de incidencias constituyen una infracción única de carácter continuado, en lugar de considerar que cada una de ellas constituye una infracción.

También pide que se acuerde una prueba pericial por la que un experto en seguridad alimentaria dictamine mediante un informe si ha existido incumplimiento en la normativa vigente relativa a sistemas de análisis de peligro y control de puntos críticos, y si los alimentos estaban o no caducados.

7. El 30 de enero de 2019, se desestimó la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado mediante Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución dictada por el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de fecha 10 de septiembre de 2018, por la que se aprueban las propuestas de la Comisión mixta de seguimiento de un contrato de concesión de una obra pública, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

El procedimiento de adjudicación del contrato se rigió por la normativa vigente en aquel momento, en concreto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y las normas que la desarrollan.

Dado que el acto impugnado no es susceptible del recurso especial en materia de contratación del artículo 310 de la LCSP, puede interponerse contra el mismo el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante LRJ-CAIB), cuya resolución corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears.

La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. La empresa concesionaria Gran Hospital Can Misses, SA, se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo

ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro del plazo adecuado.

3. La recurrente pide que se acuerde la apertura de un periodo de prueba complementada mediante una prueba pericial, para que un experto en seguridad alimentaria dictamine mediante un informe si ha existido incumplimiento en la normativa vigente relativa a sistemas de análisis de peligro y control de puntos críticos y si los alimentos estaban o no caducados.

El artículo 77 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas regula los medios y el periodo de prueba en los procedimientos administrativos en los términos siguientes:

1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, cuya valoración debe hacerse de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo debe acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, puede decidir la apertura de un periodo extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días.
3. El instructor del procedimiento sólo puede rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante una resolución motivada.

De acuerdo con este artículo, la prueba debe tratar sobre hechos relevantes para resolver un procedimiento, y, en cumplimiento del principio de oficialidad que rige el procedimiento administrativo, el instructor debe disponer la apertura de un periodo de prueba cuando no considere ciertos los hechos alegados por las personas interesadas o la naturaleza del procedimiento lo exija. *A contrario sensu*, están exentos de prueba los hechos que a juicio de la Administración no sean relevantes para decidir el fondo de la cuestión y los

hechos que ya han sido acreditados y los que hayan sido admitidos o reconocidos por las partes.

Las personas interesadas también pueden solicitar la apertura del periodo de prueba, en el caso en que el instructor del procedimiento solo puede rechazar las pruebas que hayan propuesto si son manifiestamente improcedentes o innecesarias, por medio de una resolución motivada, en que explique los motivos por los que las rechaza.

Así, la apertura del periodo de prueba no se configura como una obligación de la Administración, sino que debe abrirse en los casos que prevé la Ley. Por tanto, a todos los efectos el hecho de que se pida la apertura del periodo de prueba, por si mismo, no vincula la Administración, sino que corresponde a esta valorar la conveniencia o la utilidad de practicar las pruebas que se propongan. Ciertamente, sería absurdo practicar pruebas totalmente inútiles o innecesarias que solo servirían para retrasar la instrucción del procedimiento.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2011 incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión y manifiesta el siguiente:

Para resolver esta cuestión no está de más recordar que “la prueba no es un trámite preceptivo para el órgano Instructor, que se haya necesariamente de adoptar cualquiera que sea su contenido y el estado de las actuaciones”, sin que se produzca indefensión “cuando la inadmisión se ha producido en aplicación estricta de una norma legal ni cuanto las irregularidades que eventualmente se hayan producido en la inadmisión de alguna prueba no hayan llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa” (Sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 5 de noviembre de 1996), [...]

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la práctica de la prueba en numerosas sentencias. En la Sentencia 89/1986, de 1 de julio, manifestó el siguiente:

El derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a quitar a cabo una actividad probatoria ilimitada y, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, las pruebas que la parte puede tener derecho a practicar son las que guardan relación con el objeto del litigio (Sentencia de 25 de abril de 1984).

Y en la Sentencia 212/1990, de 20 de diciembre, manifestó que:

Lo que del art. 24.2 de la CE nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practican todas aquellas

pruebas que tenga a bien proponer, sino tan solo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987) ya que –como también ha declarado este Tribunal– solo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (STC 149/1987).

Como ya hemos dicho, en este caso concreto el recurrente pide que se acuerde la apertura de un periodo de prueba pericial para tomar testimonio a un experto en seguridad alimentaria, porque emita un informe con el contenido de lo que ya está expuesto a los documentos aportados como anexos al presente escrito de interposición del recurso y en concreto, documento nº 1 emitido por la responsable del departamento de calidad y nutrición y dietética de Serhs Food Area, S.L., y documento nº 2, informe de validación de un procedimiento de congelación procedimiento (DHCME56), ambos informes presentados para desvirtuar la presunción de caducidad de los alimentos y por tanto, que se ha cumplido con la normativa vigente relativa a sistemas de análisis de peligro y control de puntos críticos (APPCC).

No hace falta ahora pedir ninguna prueba pericial para explicar a la Junta Consultiva aquello que ya está expuesto en la documentación que acompaña al recurso que es suficiente y se trata de cuestiones técnicas sobre las que la Junta Consultiva no puede pronunciarse. Del contenido de los documentos se deduce que no se ha seguido un procedimiento con un registro válido para demostrar el alargamiento de la vida útil de los alimentos en relación con las incidencias objeto del recurso.

Por todo ello, esta Junta Consultiva considera que la apertura de un periodo de prueba es totalmente improcedente e innecesario.

4. Los expedientes de deducción por defectos de calidad en la prestación de los servicios no clínicos objeto de este contrato y que dieron lugar a la resolución impugnada se iniciaron en virtud de la aprobación de las propuestas de la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación del Hospital Can Misses y dos centros de salud vinculados al mismo.

En el acta de la Comisión Mixta de Seguimiento celebrada día 18 de abril de 2018, consta que se hizo un seguimiento de las incidencias referidas a las inspecciones nº 58/2017, 59/2017 y 60/2017 y que dieron lugar a las deducciones para servir alimentos posiblemente caducados. Las inspecciones mencionadas relacionan los hechos siguientes:

Se observa que hay alimentos posiblemente caducados»
No hay acuerdo. Procede.

La motivación de todas las incidencias con el mismo tipo de incumplimiento se detalla a la incidencia nº 285305 y que de acuerdo con lo expuesto en el informe jurídico del Servicio de Salud de las Illes Balears de día 18 de diciembre de 2018, indica resumidamente lo siguiente:

Por una parte la Administración defiende que con la documentación aportada la Sociedad Concesionaria no puede demostrar que el producto no estuviere caducado.

Que no se aportó ningún registro que demostrara congelación, añadiendo que en algunas etiquetas indican que son productos que no se pueden congelar porque pierden propiedades, y que al no conocer la fecha de congelación, tampoco se puede demostrar que se consumiera 3 meses después de que se hubiese congelado.

Por su parte la Sociedad Concesionaria mantiene que la fecha de congelación se registraba en la bolsa y cuando se servía se tiraba la bolsa y la etiqueta, por eso no había registro.

Según la Administración, el procedimiento indica que la Sociedad Concesionaria tiene que congelar el producto 3 días antes de su fecha de caducidad y que no se ha cumplido etiquetaje, ni calidad de producto, ni trazabilidad del mismo. Según la Sociedad Concesionaria los productos que figurasen en el inventario y no caducasen 3 días después no deberían proceder.

Finalmente la Administración señala que en los inventarios aparece referencia aunque no lote, que no tienen un sistema de trazabilidad que permita saber qué producto se sirvió, y se recuerda que en las distintas inspecciones que se hicieron no había ninguna bolsa marcada con fecha de congelación. Concluyendo que hay una falta muy grave de control de procedimientos básicos, y que queda evidenciado que no se cumplieron los procedimientos internos, ni siquiera la congelación tres días antes.

Los artículos 238.1 y .5 de la LCSP disponen que el concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y también se retribuirá igualmente con los ingresos procedentes de la explotación de la obra comercial vinculada a la concesión, en el caso de existir esta y de acuerdo lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El artículo 230.5 de la LCSP prevé la posibilidad de que la Administración pueda incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecido por el concesionario y otorgar ventajas o penalizaciones económicas al concesionario en función de los mismos.

5. Es necesario tener en cuenta lo que previeron el pliego de cláusulas administrativas (de ahora en adelante PCAP) del contrato concreto, que junto con el pliego de prescripciones técnicas (de ahora en adelante PPT) y el documento contractual debían contener las condiciones de la contratación, así como señalar los derechos y obligaciones de las partes y que son de interés para resolver el recurso:

La cláusula 46.4 del PCAP relativa a la explotación de los servicios no clínicos establece el siguiente:

3. Para cada uno de los servicios no clínicos atribuidos al concesionario se establecen unos Requerimientos Generales y unas Especificaciones Técnicas del Servicio incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que permitirán medir el nivel de desempeño del concesionario en la explotación de los respectivos servicios.

4. Los incumplimientos de los citados Requerimientos Generales y Especificaciones Técnicas de los Servicios, medidos de conformidad con los parámetros objetivos que se establecen, darán lugar a la aplicación de las correspondientes deducciones el pago de los servicios no clínicos objeto del presente contrato [...] ello sin perjuicio de las correspondientes penalidades que pudieran corresponder en aplicación de lo establecido en la cláusula 54 del presente Pliego.

Continúa la cláusula 46.6 del PCAP indicando lo siguiente:

La evaluación del nivel de prestación de los servicios no clínicos objeto del contrato prestados por el concesionario se realiza en base a los diferentes defectos de calidad descritos para cada servicio y otros análogos del presente PPT.

[...]

La suma de deducciones de todos los servicios no clínicos objeto del contrato se descontarán del Canon Variable que mensualmente paga la Administración al concesionario. Este sistema permite medir de forma objetiva el grado de incumplimiento por parte del concesionario en la prestación de servicios no clínicos [...].

De acuerdo con aquello que dispone la cláusula 47 del PCAP:

1.e constituirá una Comisión Mixta de Seguimiento, en la que estarán representados la Administración y el Concesionario, que se reunirá de forma periódica durante todo el plazo de vigencia del contrato de concesión...

[...]

Corresponderá a la Comisión Mixta de Seguimiento:

a) Intervenir en la elaboración de las propuestas cuya adopción implique una modificación de los términos del contrato, en especial, aquellas que puedan incidir en las especificaciones técnicas relativas a la forma de prestación de los servicios no clínicos por parte del concesionario.

[...]

5. Sin perjuicio de las funciones desarrolladas por la Comisión Mixta de Seguimiento, el órgano de contratación nombrará un Responsable del Seguimiento de la Explotación, que asumirá la labor de inspección, vigilancia y control de la actividad desarrollada por el concesionario en la prestación de los servicios no clínicos encomendados y, concreto, del exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes de aquél en los términos previstos en los presentes Pliegos.

La cláusula 49. 8 del PCAP establece el sistema de determinación del pago al concesionario y prevé deducciones mensuales por defectos de calidad en la prestación de los servicios no clínicos.

Además, la cláusula 54 del PCAP prevé penalidades por el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Para el caso de incumplimientos contractuales o de aplicación de deducciones a la retribución del concesionario, este indemnizará a la Administración, en todo caso, los daños y perjuicios que se le irroguen.

El PPT establece en el apartado 6 que los defectos de calidad en la prestación de los servicios no clínicos, tanto en las nuevas infraestructuras como en el resto de centros vinculados de la Gerencia de Eivissa, darán lugar a la aplicación automática de las deducciones sobre el Canon Variable que la Administración retribuye a la empresa concesionaria por la explotación de los servicios no clínicos.

Continúa el apartado 6 del PPT indicando que el Responsable de Seguimiento de la Explotación, a través de la Unidad de Supervisión y Control de la Administración, de la que asume la máxima dirección, establecerá los parámetros de control y evaluación de la operatividad de estos servicios e incluye, entre otros, las inspecciones físicas.

En el apartado 6.2 del PPT se establecen los supuestos de deducciones por defectos de calidad y disponibilidad en el servicio de restauración (IR) y entre otros:

Ref.	Descripción del defecto	Tipo de defecto	Tabla de zonas
IR14	Se detecta algún incumplimiento en la normativa vigente cada momento relativa a sistemas de análisis de peligros y control de puntos críticos (APPCC) o la normativa que lo sustituya en cada momento.	Intensidad media	No

Y en el apartado 7.4.5 se establecen los supuestos de deducciones por defectos de calidad y disponibilidad en el servicio de comedor de Personal (IC) y entre otros:

Ref.	Descripción del	Tipo de defecto	Tabla de zonas
------	-----------------	-----------------	----------------

IC9	Defecto Se detecta algún incumplimiento en la normativa vigente cada momento relativa a sistemas de análisis de peligros y control de puntos críticos (APPCC) o la normativa que lo sustituya en cada momento.	Intensidad media	No
-----	---	------------------	----

6. Antes de entrar a analizar los motivos del recurso, debe decirse que a pesar de que la recurrente aporta en su escrito dos informes técnicos, documento nº1 emitido por la responsable del departamento de calidad y nutrición y dietética de Serhs Food Area, S.L., y documento nº2, informe de validación de un procedimiento de de congelación (procedimiento DHCME56) para desvirtuar la presunción de caducidad de los alimentos, no acredita los hechos alegados ni desvirtúa las afirmaciones que hace el responsable de suministros a través de la Unidad de Supervisión y Control de la Administración (de ahora en adelante USC) en el informe emitido día 18 de diciembre de 2018:

En el Recurso aportan documentación para demostrar el cumplimiento, aunque una revisión de dicha documentación muestra las lagunas expresadas reiteradamente por la Administración, así del documento 1 se desprende que continuamos sin conocer cuando se congeló el producto y cuando se descongeló, ni dónde se descongeló [...], **en ninguna tabla, en ningún registro y mucho menos en el producto para evitar confusiones registran la fecha de congelación ni la fecha de descongelación [...]**.

el documento 2 en la página 10 explica que " eso sí, siempre se deben congelar 3 días antes de su caducidad", aunque en las diferentes explicaciones aportadas lo documento 1 ninguna certifica dicha circunstancia para los productos objetos de la inspección [...] Carecemos de información cierta de que se llevase a cabo el procedimiento de alargamiento de la vida útil, carecemos de registros como fechas y responsable de cuando se congeló y cuando se descongeló [...] Sorprende que en las inspecciones realizadas en ningún momento se haya mostrado un lugar de la cámara frigorífica para la descongelación ni se tenga evidencia de producto que debía ser refrigerado en la cámara de congelación siguiendo el proceso de alargamiento de la vida útil.

En conclusión, el informe técnico de día 18 de diciembre de 2018 emitido por el responsable de suministro y USC acredita que por parte de la Sociedad Concesionaria ha habido un incumplimiento del APPCC (sistema de análisis de peligros y control de puntos críticos) y que a raíz de las diferentes inspecciones documentadas por parte de los miembros de la Administración, ha podido comprobarse que sirve de forma sistemática productos alimentarios fuera de la fecha de caducidad en virtud de un procedimiento de alargamiento de la vida útil, del cual carecen registros y documentación adecuada a la normativa, además de la falta de autorización por parte de la Administración. Todo ello ha producido un riesgo a la seguridad alimentaria con la incertidumbre de si se ha servido comida caducada por una carencia de trazabilidad.

7. La recurrente se opone a la Resolución que dió lugar a las deducciones por defectos de calidad en la prestación de servicios no clínicos por parte del concesionario, alegando esencialmente los motivos de oposición mencionados en el hecho 6º los cuales se irán analizando seguidamente contrastando los argumentos con lo previsto en los pliegos y en la resolución impugnada. Para determinar la procedencia o no de las deducciones de acuerdo con los argumentos de la recurrente, hay que comprobar si constan acreditados los hechos objetivos que constituyen los incumplimientos y si constan fijadas las deducciones en los pliegos.

7.1 En el primer motivo de oposición, la recurrente alega que las incidencias que han dado lugar a las deducciones, no están tipificadas como infracción ni la Administración ha podido acreditar ningún incumplimiento.

Concretamente, la recurrente alega que la Administración, en la descripción de las incidencias, habla de productos posiblemente caducados. Así, a parecer de la recurrente, la «posibilidad» de caducidad sin que se haya determinado si realmente ha existido no puede ser causa de penalización y, además, no hay ninguna norma que establezca la necesidad de proceder a este registro, por lo que los hechos resultan atípicos. Así, la Administración no ha podido determinar qué incumplimiento normativo concreto ha resultado imputable a la concesionaria.

El artículo 1.1 del Reglamento Comunitario, Reglamento (CE) nº852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, dispone que el presente Reglamento establece normas generales destinadas en los operadores de empresa alimentaria en materia de higiene de los productos alimentarios, teniendo en cuenta particularmente, entre otros, los siguientes principios:

- La aplicación general de procedimientos basados en los principios de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC).
- Las guías de prácticas correctas son un instrumento valioso por ayudar a los operadores de empresa alimentaria en todos los niveles de cadena alimentaria a cumplir las normas sobre higiene de los alimentos y a aplicar los principios de APPCC.

En este sentido, la Guía de Prácticas Correctas de Higiene para la Elaboración y Servicio de Comidas, publicada por la Consejería de Salud y Consumo, en fecha 18 de agosto de 2003, establece en su capítulo 3 que los sistemas de autocontrol, que por parte de las empresas responsables deben elaborarse

para garantizar que los alimentos que se ponen a disposición de los clientes sean seguros, debe diseñarse siguiendo los principios en que se basa el APPCC.

Continúa el artículo 5 del Reglamento (CE) nº852/2004 estableciendo que los operadores de empresa alimentaria deberán crear, aplicar y mantener un procedimiento o procedimientos permanentes basados en los principios del APPCC. El apartado 2 de dicho artículo menciona los principios APPCC, y entre otros, elaborar documentos y registros en función de la naturaleza y medida de la empresa alimentaria. El artículo 4 dispone que los operadores de la empresa alimentaria aportarán a la autoridad competente, en la medida que esta lo solicite, pruebas de que cumplen con el requisito contemplado en el apartado 1, teniendo en cuenta la naturaleza y medida de la empresa alimentaria y además los operadores deberán conservar el resto de documentos y registros durante un periodo adecuado.

Así, de la documentación que obra dentro del expediente, la concesionaria ha incumplido algunos de estos principios, como es el principio que indica establecer un sistema de documentación y de registro de los puntos críticos.

El apartado 5 del PPT, cuando indica las especificaciones técnicas de los servicios no clínicos y en concreto el servicio de restauración y alimentación, establece lo siguiente:

5.1. Servicio de restauración
5.1.1 Objeto del Servicio

[...]

El objetivo principal del servicio comprende el suministro, y retirada de las bandejas para pacientes hospitalizados [...] de acuerdo a los estándares de higiene y calidad establecidos para este tipo de centros, con responsabilidad sobre todos los insumos, equipamiento e instrumentos para la preparación de los alimentos, así como la asunción de la totalidad de los requerimientos de control y puntos críticos lo manejo de alimentos que deben ser considerados, según las normas y prácticas existentes, como la condición del uso de las mejores prácticas de manufactura (APPCC).

[...]

Este servicio se hará cargo de todo lo relativo al proceso de alimentación incluyendo: Recepción y alimentación de la materia delgada en las condiciones establecidas (mantenimiento de la cadena de frío, higiene, temperatura e iluminación etc).

[...]

El servicio de provisión de alimentos elaborará un Manual de Procedimientos y un Protocolo de Actuación del servicio, que deberá ser consensuado con la Administración Sanitaria y revisado con la periodicidad que se establezca.

[...].

Y para finalizar y respecto a la Calidad, el punto 5.1.5. indica:

Así mismo, se presentará el Plan de implantación de un sistema de autocontrol basado en la metodología APPCC (Sistema de análisis de puntos críticos) con el propósito de identificar, evaluar y mantener bajo control mediante procedimientos predeterminados, los peligros que pueden afectar a las diferentes fases de la cadena alimentaria. Se controlará el seguimiento de las medidas propuestas en el APPCC a través del correspondiente informe.

Esta documentación de la concesionaria no obra dentro del expediente.

El punto 6 del PPT regulador del presente contrato de concesión de obra pública establece claramente que los defectos de calidad en la prestación de servicios no clínicos darán lugar a la aplicación automática de deducciones sobre el Canon Variable que la Administración retribuye mensualmente a la empresa concesionaria.

Así y respecto a la carencia de tipicidad alegada, hay que decir que los defectos de calidad susceptibles de deducciones están perfectamente tipificados y se ha seguido el procedimiento establecido registrando las incidencias de acuerdo con la tipificación señalada y en concreto, los defectos tipificados como IR14 e IC9 (defectos por el servicio de alimentación al paciente y el servicio de cafetería respectivamente) mencionados en su punto 5 y relativos al incumplimiento en la normativa vigente en cada momento en relación con sistemas de análisis de peligros y control de puntos críticos (APPCC).

En este sentido, el informe emitido por el responsable de suministros y USC de día 18 de diciembre de 2018 expone el siguiente:

[...]

Se explicativo del Documento Técnico de Higiene y Seguridad Alimentaria nº3 de Salud Madrid dentro del Análisis de Puntos Críticos (APPCC) el plan de buenas prácticas de elaboración y manipulación donde explica " Bajo la denominación de Buenas prácticas de Elaboración y Manipulación se considera el conjunto de medidas establecidas para garantizar, por un lado, que quienes tienen contacto directo o indirecto con los productos alimenticios no tengan posibilidad de contaminarlos y, por otro, que estas prácticas y todos los productos que intervienen en la elaboración de las comidas preparadas sean **idóneos y seguros**".

Continúa el mismo informe indicando que:

El contrato de concesión deja claro cómo actuar respecto a los defectos de calidad, tipificando los mismos, en este caso IR14. Se detecta algún incumplimiento en la normativa vigente en cada momento relativa a sistemas de análisis de peligros y control de puntos críticos (APPCC) o la normativa que los sustituya en cada momento, para el Servicio de Alimentación del Paciente y lo mismo defecto para el Servicio de Cafetería tipificado como IC9. Los defectos de calidad están perfectamente tipificados, se siguió el procedimiento establecido registrando las incidencias con la tipificación señalada en el programa Óptima dónde en primera instancia la Sociedad Concesionaria puede reclamar y si la documentación aportada es adecuada y suficiente el expediente se cierra, los expedientes tienen tres niveles de debate y aportación de datos, documentación y argumentación para su anulación, desde la reclamación inicial en óptima, a dos debates en órganos colegiados la RCCMIEX y la Comisión Mixta.

Por todo el anterior, no existe una infracción del principio de tipicidad, puesto que los defectos detectados son un incumplimiento de la normativa APPCC contemplada en el PPT regulador del contrato, ya sea para servir productos posiblemente caducados o bien por la carencia de evidencia de haber seguido un procedimiento seguro para alargar la vida útil del producto, ya sea tipificado como IR14 o IC9, según el servicio concesional que corresponda.

Además, la recurrente hace mención de la resolución del recurso 4/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando reconoce que los principios de tipicidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia son garantías que deben acompañar a la imposición de las penalidades contractuales.

Sin embargo, dicha resolución expone que de conformidad con el principio de tipicidad, es necesario que con carácter previo a la imposición de una penalidad el supuesto de hecho punible haya sido previsto en los pliegos. Si no fuera así, la Administración estaría imponiendo una penalidad ad hoc y nos encontraríamos con una vulneración del principio de seguridad jurídica de los ciudadanos.

En consecuencia, la Administración no está imponiendo una penalidad ad hoc, porque el supuesto de hecho (incumplimiento de la normativa APPCC) está contemplado en el PPT como un defecto de calidad dando lugar a una deducción.

En el presente caso, lo determinante no está en afirmar en las incidencias la caducidad o posible caducidad de los productos, sino que lo esencial es el incumplimiento de la normativa APPCC dado que se trata de un defecto de calidad y previsto tanto en el PPT como en el PCAP.

La resolución del recurso 4/2013 cita textualmente:

Es necesario recordar que la finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades se, esencialmente, de carácter coercitivo para garantizar el cumplimiento contractual y por tanto, las penalidades responden al incumplimiento obligacional, de manera tal que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control de que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público.

En cuanto a las incidencias derivadas de las Inspecciones nº 56/2017, 60/2017 y 63/2017, a las que hace mención la recurrente en los hechos del escrito del recurso, según la resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears de día 10 de septiembre de 2018, hubo acuerdo en la imposición de la deducción, por lo que no tiene sentido su impugnación.

Respecto a que la Administración no ha podido acreditar ningún incumplimiento en el proceso de caducidad de los alimentos, hay que señalar lo expuesto tanto en el informe jurídico emitido por el Servicio de Salud como el informe del responsable de suministros y USC de día 18 de diciembre de 2018:

En la inspección de sanidad 250720171061461 de 25 de julio quedó claramente reflejado la importancia de seguir los planes de la APPCC de trazabilidad y buenas prácticas de manipulación, sobre todo en los referente a etiquetaje y registros, así observo incidencias en la falta de etiqueta del pan, falta de registros de limpieza, de manipulación. concreto, dejo claro que el Plan 5 de la APPCC en su segundo apartado sobre el control de procesos de manipulación existe un incumplimiento ya que considero que la Sociedad Concesionaria **no cumple con la implantación de un programa de control de los procesos de manipulación de los alimentos, desde la recepción, incluyendo lo emplatado hasta el servicio al comedor o las habitaciones, donde todas las etapas relevantes se ajustan a la normativa legal, se vigilan y se registran.**

Por lo tanto, este motivo de impugnación debe desestimarse.

7.2 En cuanto a la segunda alegación relativa a que la concesionaria no ha servido alimentos caducados y ha seguido correctamente los procedimientos de congelación y caducidad, dado la documentación aportada en el escrito del recurso y de acuerdo con el informe técnico de día 18 de diciembre de 2018 emitido por la Administración y que se ha argumentado en el punto 7.1, no hay una evidencia clara de que cada uno de los productos a que hace referencia cada una de las incidencias que han dado lugar a las deducciones, no estuvieran caducados.

Así, al informe jurídico de día 18 de diciembre de 2018 se expone que:

[...] en el Recurso aportan documentación para demostrar el cumplimiento, aunque una revisión de dicha documentación muestra las lagunas expresadas reiteradamente por la Administración, así del documento 1 se desprende que continuamos sin conocer cuando se congeló lo producto y cuando se descongeló, ni dónde se descongeló. Así en las diferentes tablas resumen del documento 1 aparece la fecha de caducidad, la fecha de

emplatado y en alguna de ellas la fecha de entrada del producto, **en ninguna tabla, en ningún registro y mucho menos en el propio producto para evitar confusiones registran la fecha de congelación ni la fecha de descongelación**, una diferencia sustancial con el documento 2, Informe de validación del procedimiento DHCME56 Plan de Congelación r0, que parece ser una revisión por una empresa dónde claramente se registra la fecha de congelación y la fecha de descongelación, justo tres meses después.

La vida útil de un alimento se define como el periodo de tiempo que transcurre desde su elaboración hasta su deterioro, factores como la temperatura, la luz o el oxígeno, pueden hacer variar este periodo. La vida útil de los alimentos es establecida por cada empresa alimentaria.

La normativa vigente relativa al etiquetado y presentación de productos alimentarios obliga a incluir en este la información sobre la vida útil del producto. La legislación es clara en este aspecto y en cuanto al marcado de fechas de los productos establece dos tipos de fechas:

- La fecha de duración mínima: *consumir preferentemente antes de que* indica la fecha hasta la cual los alimentos conservan sus propiedades específicas cuando son correctamente almacenados y que incluye aspectos organolépticos y nutritivos.
- La fecha de caducidad: en el caso de productos alimentarios microbiológicamente muy perecederos y que por eso puedan suponer un peligro inmediato para la salud humana después de un corto periodo de tiempo.

Hablamos de caducidad secundaria en el supuesto de que se produzcan cambios en las condiciones de conservación (cuando el producto se congela) que hacen necesario establecer nuevas fechas de caducidad o consumo preferente.

En este caso, la fecha de caducidad que aparece en la etiqueta del producto fresco ya no es válida y debe ampliarse al conservar el producto a temperaturas de congelación, puesto que inactivamos las bacterias presentes en el alimento y alargamos su vida útil.

Para poder llevar a cabo una correcta gestión de las caducidades secundarias en las cocinas industriales es fundamental un sistema de gestión basado en el plan APPCC. Todo producto abierto, trasvasado o congelado debe disponer de la etiqueta de trazabilidad con el lote, fecha de apertura, fecha de congelación/descongelación y así poder tener un mayor control de la duración de un producto una vez abierto (caducidad secundaria).

Si bien no hay ninguna normativa que regule estas caducidades secundarias, se establecen en base a recomendaciones de los fabricantes y en base al análisis de riesgo establecido en el plan APPCC. Por eso un adecuado mantenimiento de APPCC y la importancia de realizar auditorías del sistema nos permite llevar a término unas buenas prácticas higiénicas y a revisar la gestión de caducidades secundarias para evitar posibles riesgos de contaminación.

Ningún producto existente en la instalación puede presentar dudas sobre su naturaleza, origen y fecha de caducidad.

En el documento nº2 presentado por parte de la recurrente junto con el escrito del recurso y en relación con un informe de validación de un procedimiento de congelación, donde se pretende garantizar que un alimento fresco congelado como mínimo tres días antes de su caducidad puede estar tres meses en congelación y, por tanto es apto por su consumo, no se ha podido demostrar que hayan cumplido con este procedimiento ante las deducciones impuestas, así como tampoco hay ningún registro válido que demuestre que el producto se haya congelado en una fecha válida y además no se aprecia en esta forma de actuar la diligencia a la cual alude la recurrente.

De acuerdo con el informe jurídico mencionado:

La Inspección 56/2017 de 25 de octubre se especialmente significativa ya que ante el hallazgo del producto, en concreto arroz cono verduras y sofrito de jamón, caducado en diferentes lugares de las cámaras, cada empleado presente da una explicación diferente: es para cafetería, es para echar, se estaba revisando el almacén, tres explicaciones para el mismo hecho siendo la realidad que los productos caducados estaban en varios sitios de la cámara, no en un lugar para descongelación, sin etiquetar la fecha de descongelación, con el añadido que recomienda no congelar como hemos observado anteriormente. Finalmente y gracias a posteriores inspecciones del arroz sabemos que fue servido el día 26 de octubre (véase la imagen 9) del sofrito desconocemos su destino. Observamos que no existe fecha de congelación descongelación, queda clara la fecha de caducidad del 21 de octubre siendo la fecha de la inspección el 25 de octubre y la recomendación de no congelación del producto. Este producto lo encontramos en las hojas de emplatado en la Inspección 60/2017 de 6 de noviembre, el mismo producto del mismo lote OA4015 con la fecha de caducidad de 21 de octubre y emplate el 26 de octubre, sin ningún registro o señal de haber sufrido un proceso de congelación y descongelación, eso sí con el claro símbolo de "no congelar". Así se repite en todos los productos inspeccionados, hay una absoluta falta de evidencia de la existencia y aplicación de un procedimiento de descongelación, después de más de una semana y 4 inspecciones es en esta inspección que empezamos a recibir una explicación detallada sobre dicho proceso.

En cualquier caso, las incidencias objeto del recurso tal como afirma el informe jurídico emitido por el Servicio de Salud son un incumplimiento claro

de la normativa APPCC, ya sea por servir productos caducados como por la carencia de evidencias de un procedimiento seguro para alargar la vida útil del producto tipificado cómo IR14 o IC9 según el servicio concesional que corresponda.

Por lo tanto, este motivo de impugnación debe desestimarse.

7.3 Finalmente, en cuanto a la tercera y última alegación, la recurrente alega que el conjunto de incidencias constituyen una infracción única, aunque afectara a varias bolsas en el servicio de restauración y en el servicio de cafetería o comedor del personal.

En el informe jurídico del Servicio de Salud de las Illes Balears se explica que la infracción existe en cada producto caducado servido o cada producto que ha carecido del tratamiento correcto según las buenas prácticas y la APPCC. Continúa explicando que en muchas ocasiones a la hora de debatir las incidencias se ha indicado a la Sociedad Concesionaria que las deducciones afectan individualmente a cada paciente, trabajador y a cada artículo. De este modo nos remitimos en la Comisión Mixta 17/15, de noviembre de 2015, donde su Presidente expuso que:

determinar la procedencia de las deducciones tiene mucha relevancia, pues van a ser decisiones que se adoptan para las siguientes, y por ello se aceptaría proponer que se traten todas como una única incidencia en este caso, **pero de ahora en adelante un fallo en la entrega de un artículo, se propondrá que se considere un fallo cada uno (..).**

En este caso se trataba de la falta de entrega de varios productos de un mismo pedido por parte de logística, a partir de entonces cada artículo sin entregar genera fallo independientemente que sea del mismo pedido o de otro. Dicho criterio se ha mantenido para todos los servicios, así por ejemplo cuando se deja sin comer a una planta por el fallo de un carro penaliza por cada paciente que no recibe la ingesta a tiempo.

Así, este criterio se ha mantenido para todos los servicios y por este motivo el informe del Responsable de Suministros y USC concluye en el sentido de que, deben considerarse cada una de las faltas que se registran por cada producto independientemente de su número y de la inspección que fue detectada.

En definitiva y dados los informes antes mencionados, debe contarse individualmente cada uno de los hechos registrados y documentados por las diferentes inspecciones de los miembros de la Administración y por lo tanto esta alegación se debe desestimar.

Por todo esto, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Denegar la apertura de un periodo de prueba, dado que, de acuerdo con lo que se ha expuesto en el fundamento de derecho 3 de este Acuerdo, se considera improcedente e innecesario.
2. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa concesionaria Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de día 10 de septiembre de 2018 por la que se aprueban las propuestas de la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato llevada a cabo el 18 de abril de 2018.
3. Notificar este Acuerdo al Gran Hospital Can Misses, SA, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.