



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

Exp. Junta Consultiva: RES 2/2019

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de concessió de l'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i un centre de salut que hi està vinculat

SSCC CA 151/09

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Gran Hospital Can Misses, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 25 de febrer de 2020

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa concessionària Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'aproven les propostes de la Comissió mixta de seguiment del contracte de concessió de l'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i un centre de salut que hi està vinculat, duta a terme el 18 d'abril de 2018, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 25 de febrer de 2020, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 15 de març de 2010, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i els representants de Gran Hospital Can Misses, SA, (en endavant la concessionària o la recurrent), varen signar el contracte de concessió de l'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i de dos centres de salut que hi estan vinculats.

El punt sis del plec de prescripcions tècniques del contracte, preveu l'aplicació automàtica de deduccions sobre el cànon variable per manca de disponibilitat o defectes de qualitat en la prestació dels serveis no clínics de la concessió i relaciona els concrets motius de deducció per a cada un dels serveis. Un d'aquests motius es l'incompliment de la normativa relativa als sistemes d'anàlisi de perills i control de punts crítics (APPCC) en els serveis de restauració i de cafeteria o menjador del personal.

2. El 15 d'abril de 2013, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i els representants de la concessionària varen formalitzar una modificació del contracte, en la qual, entre d'altres, es va canviar el nombre de centres de salut vinculats al nou complex assistencial de Can Misses, que va passar de dos a un.
3. El 18 d'abril de 2018, la Comissió Mixta de Seguiment del contracte es va reunir per tractar, entre d'altres, les incidències relatives als serveis de restauració — de la 285306 a la 285341— i de cafeteria o menjador del personal —de la 285349 a la 285378— detectades en les inspeccions 58/2017, de 2 de novembre, 59/2017, de 3 de novembre, i 60/2017, de 6 de novembre, que van donar lloc a diversos expedients de deducció —del 22637 al 22668 i del 22670 al 22702, respectivament— sobre els quals no es va arribar a un acord.

A l'Acta de la Comissió Mixta de Seguiment de dia 18 d'abril de 2018, queda reflectit que l'Administració manté, entre d'altres, que manquen els registres relatius a la data de congelació i descongelació de certs aliments, i que l'única data real de la qual es disposa és la data de caducitat, per la qual cosa s'haurien utilitzat aliments possiblement caducats, ja que la concessionària no pot demostrar que els aliments s'hagin congelat en el moment adient. A més, pareix que abans de la data de caducitat s'haurien congelat productes refrigerats per evitar la seva caducitat. A més, tampoc figuren les dates de congelació i descongelació en les etiquetes de les barquetes dels aliments ni en els documents presentats després de les inspeccions, per la qual cosa la concessionària no pot acreditar que hagi realitzat el procediment de congelació i descongelació correctament, ni tan sols que hagi congelat els aliments.

La concessionària manté, entre d'altres, que no hi ha registres dels aliments que s'han congelat i descongelat el mateix mes perquè l'inventari es realitza el darrer dia del mes. En tot cas, s'ha seguit el procediment de congelació de manera correcta i no s'han servit aliments caducats. Les dates de congelació i descongelació es posaven en les etiquetes de les barquetes dels aliments i es llançaven un cop buidades. Encara que la concessionària no disposa de registres que acreditin que tot el procediment s'ha realitzat de manera

correcta, disposa d'altres documents que, relacionats entre ells, poden arribar a justificar-ho. Per tant, l'Administració no pot demostrar que la concessionària hagi servit aliments caducats.

4. El 10 de setembre de 2018, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears, va dictar la Resolució per la qual s'aproven les propostes de la Comissió Mixta de Seguiment del contracte duta a terme el 18 d'abril de 2018, entre les quals hi ha les referides als expedients de deducció per manca de disponibilitat o defectes de qualitat en la prestació dels serveis no clínics, sobre els quals no es va arribar a un acord en la reunió de tancament del cicle mensual d'incidències i expedients de deducció. Aquesta Resolució es va notificar al recurrent el 17 de setembre de 2018.
5. El 17 d'octubre de 2018, el representant de la concessionària va interposar davant el Servei de Salut de les Illes Balears un recurs especial en matèria de contractació contra aquesta Resolució i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de la Resolució, atès que, a parer seu, la continuació de l'execució afectaria la finalitat legítima del recurs i li causaria perjudicis econòmics evidents.
6. El recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'11 de gener de 2019.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

1. Les incidències que han donat lloc a les deduccions, no estan tipificades com a infracció ni l'Administració ha pogut acreditar cap incompliment.
2. La concessionària no ha servit aliments caducats i ha seguit correctament els procediments de congelació i caducitat.
3. El conjunt d'incidències constitueixen una infracció única, encara que afectàs a diverses barquetes en el servei de restauració i en el servei de cafeteria o menjador del personal.

Amb aquests arguments, la recurrent demana que es declari nul·la, anul·lable o no conforme a dret la Resolució impugnada, en concret, la imposició de deduccions per les incidències del servei d'alimentació derivades de les inspeccions 56/2017, de 25 d'octubre, 58/2017, de 2 de novembre, 59/2017, de 3 de novembre, 60/2017, de 6 de novembre, 61/2017, de 7 de novembre i 63/2017, de 14 de novembre. Subsidiàriament, la recurrent demana que, en tot cas, es consideri que el conjunt d'incidències constitueixen una infracció única de caràcter continuat, en lloc de considerar que cada una d'elles constitueix una infracció.

També demana que s'acordi una prova pericial per la qual un expert en seguretat alimentària dictamini mitjançant un informe si ha existit incompliment en la normativa vigent relativa a sistemes d'anàlisi de perill i control de punts crítics, i si els aliments estaven o no caducats.

7. El 30 de gener de 2019, es va desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de l'acte impugnat mitjançant Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució dictada pel director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de data 10 de setembre de 2018, per la qual s'aproven les propostes de la Comissió mixta de seguiment d'un contracte de concessió d'una obra pública, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

El procediment d'adjudicació del contracte es va regir per la normativa vigent en aquell moment, en concret, la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP), i les normes que la despleguen.

Atès que l'acte impugnat no és susceptible del recurs especial en matèria de contractació de l'article 310 de la LCSP, es pot interposar contra aquest el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant LRJ-CAIB), la resolució del qual correspon a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. L'empresa concessionària Gran Hospital Can Misses, SA, es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins del termini adequat.
3. La recurrent demana que s'acordi l'obertura d'un període de prova

complementada mitjançant una prova pericial, perquè un expert en seguretat alimentària dictamiï mitjançant un informe si ha existit incompliment en la normativa vigent relativa a sistemes d'anàlisi de perill i control de punts crítics i si els aliments estaven o no caducats.

L'article 77 de la Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques regula els mitjans i el període de prova en els procediments administratius en els termes següents:

1. Els fets rellevants per a la decisió d'un procediment es poden acreditar per qualsevol mitjà de prova admissible en dret, la valoració de la qual s'ha de fer d'acord amb els criteris que estableix la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil.
2. Quan l'Administració no doni per certs els fets al·legats pels interessats o la naturalesa del procediment ho exigeixi, el seu instructor ha d'acordar l'obertura d'un període de prova per un termini no superior a trenta dies ni inferior a deu, a fi que es puguin practicar totes les que cregui pertinents. Així mateix, quan ho consideri necessari, l'instructor, a petició dels interessats, pot decidir l'obertura d'un període extraordinari de prova per un termini no superior a deu dies.
3. L'instructor del procediment només pot rebutjar les proves proposades pels interessats quan siguin manifestament improcedents o innecessàries, mitjançant una resolució motivada.

D'acord amb aquest article, la prova ha de tractar sobre fets rellevants per resoldre un procediment, i, en compliment del principi d'oficialitat que regeix el procediment administratiu, l'instructor ha de disposar l'obertura d'un període de prova quan no consideri certs els fets al·legats per les persones interessades o la naturalesa del procediment ho exigeixi. *A contrario sensu*, estan exempts de prova els fets que a judici de l'Administració no siguin rellevants per decidir el fons de la qüestió i els fets que ja han estat acreditats i els que hagin estat admesos o reconeguts per les parts.

Les persones interessades també poden sol·licitar l'obertura del període de prova, cas en què l'instructor del procediment només pot rebutjar les proves que hagin proposat si són manifestament improcedents o innecessàries, per

mitjà d'una resolució motivada, en què expliqui els motius pels quals les rebutja.

Així, l'obertura del període de prova no es configura com una obligació de l'Administració, sinó que s'ha d'obrir en els casos que preveu la Llei. Per tant, amb caràcter general el fet que es demani l'obertura del període de prova, per si mateix, no vincula l'Administració, sinó que correspon a aquesta valorar la conveniència o la utilitat de practicar les proves que es proposin. Certament, seria absurd practicar proves totalment inútils o innecessàries que només serviren per retardar la instrucció del procediment.

La Sentència de l'Audiència Nacional de 17 de març de 2011 incorpora la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre aquesta qüestió i manifesta el següent:

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 també s'ha pronunciat sobre la pràctica de la prova en nombroses sentències. En la Sentència 89/1986, d'1 de juliol, va manifestar el següent:

El derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar 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).

I en la Sentència 212/1990, de 20 de desembre, va manifestar 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 practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987) ya que –como también ha declarado este Tribunal– sólo 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).

Com ja hem dit, en aquest cas concret el recurrent demana que s'acordi l'obertura d'un període de prova pericial per prendre testimoni a un expert en seguretat alimentària, perquè emeti un informe amb el contingut d'allò que ja està exposat als documents aportats com annexos al present escrit d'interposició del recurs i en concret, document nº1 emès per la responsable del departament de qualitat i nutrició i dietètica de Serhs Food Area, S.L., i document nº2, informe de validació d'un procediment de congelació procediment (DHCME56), ambdós informes presentats per desvirtuar la presumpció de caducitat dels aliments i per tant, que s'ha complert amb la normativa vigent relativa a sistemes d'anàlisi de perill i control de punts crítics (APPCC).

No cal ara demanar cap prova pericial per explicar a la Junta Consultiva allò que ja està exposat en la documentació que acompanya al recurs que és suficient i es tracta de qüestions tècniques sobre les quals la Junta Consultiva no es pot pronunciar. Del contingut dels documents es dedueix que no s'ha seguit un procediment amb un registre vàlid per demostrar l'allargament de la vida útil dels aliments en relació amb les incidències objecte del recurs.

Per tot això, aquesta Junta Consultiva considera que l'obertura d'un període de prova és totalment improcedent i innecessari.

4. Els expedients de deducció per defectes de qualitat en la prestació dels serveis no clínics objecte d'aquest contracte i que varen donar lloc a la resolució impugnada es varen iniciar en virtut de l'aprovació de les propostes de la Comissió Mixta de Seguiment del contracte de concessió d'obra pública per la construcció, conservació i explotació de l'Hospital Can Misses i dos centres de salut vinculats al mateix.

A l'Acta de la Comissió Mixta de Seguiment celebrada dia 18 d'abril de 2018, consta que es va fer un seguiment de les incidències referides a les inspeccions nº58/2017, 59/2017 i 60/2017 i que varen donar lloc a les deduccions per servir aliments possiblement caducats. Les inspeccions esmentades relacionen els següents fets:

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

La motivació de totes les incidències amb el mateix tipus d'incompliment es detalla a la incidència nº 285305 i que d'acord amb allò exposat a l'informe jurídic del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 18 de desembre de 2018, indica resumidament el següent:

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 barqueta y cuando se servía se tiraba la barqueta 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 barqueta 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.

Els articles 238.1 i .5 de la LCSP disposen que el concessionari tindrà dret a percebre dels usuaris o de l'Administració una retribució per la utilització de l'obra en la forma prevista en els plecs de clàusules administratives particulars i també se retribuirà igualment amb els ingressos procedents de l'explotació de l'obra comercial vinculada a la concessió, en el cas d'existir aquesta i d'acord l'establert en el plec de clàusules administratives particulars.

L'article 230.5 de la LCSP preveu la possibilitat que l'Administració pugui incloure en els plecs de condicions mecanismes per mesurar la qualitat del servei ofert pel concessionari i atorgar avantatges o penalitzacions econòmiques al concessionari en funció dels mateixos.

5. Cal tenir en compte el que varen preveure el plec de clàusules administratives (d'ara en endavant PCAP) del contracte concret, que juntament amb el plec de prescripcions tècniques (d'ara en endavant PPT) i el document contractual havien de contenir les condicions de la contractació, així com assenyalar els drets i obligacions de les parts i que són d'interès per resoldre el recurs:

La clàusula 46.4 del PCAP relativa a l'explotació dels serveis no clínics estableix el següent:

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 en 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.

Continua la clàusula 46.6 del PCAP indicant el següent:

La evaluación del nivel de prestación de los servicios no clínicos objeto del contrato prestados por el concesionario se realiza sobre la base de 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 [...].

D'acord amb allò que disposa la clàusula 47 del PCAP:

1. Se 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, en concreto, del exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes de aquél en los términos previstos en los presentes Pliegos.

La clàusula 49. 8 del PCAP estableix el sistema de determinació del pagament al concessionari i preveu deduccions mensuals per defectes de qualitat en la prestació dels serveis no clínic.

A més, la clàusula 54 del PCAP preveu penalitats pel cas d'incompliment de les obligacions derivades del contracte.

Pel cas d'incompliments contractuals o d'aplicació de deduccions a la retribució del concessionari, aquest indemnitzarà a l'Administració, en tot cas, dels danys i perjudicis que se li irroguin.

El PPT estableix en l'apartat 6 que els defectes de qualitat en la prestació dels serveis no clínics, tant en les noves infraestructures com en la resta de centres vinculats de la Gerència d'Eivissa, donaran lloc a l'aplicació automàtica de les deduccions sobre el Canon Variable que l'Administració retribueix a l'empresa concessionària per l'explotació dels serveis no clínics.

Continua l'apartat 6 del PPT indicant que el Responsable de Seguiment de l'Explotació, a través de la Unitat de Supervisió i Control de l'Administració, de la que assumeix la màxima direcció, establirà els paràmetres de control i avaluació de l'operativitat d'aquests serveis i inclou, entre d'altres, les inspeccions físiques.

A l'apartat 6.2 del PPT s'estableixen els supòsits de deduccions per defectes de qualitat i disponibilitat en el servei de restauració (IR) i entre d'altres:

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

I a l'apartat 7.4.5 s'estableixen els supòsits de deduccions per defectes de qualitat i disponibilitat en el servei de menjador de Personal (IC) i entre d'altres:

Ref.	Descripción del defecto	Tipo de defecto	Tabla de zonas
IC9	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

- Abans d'entrar a analitzar els motius del recurs, s'ha de dir que tot i que la recurrent aporta en el seu escrit dos informes tècnics, document nº1 emès per

la responsable del departament de qualitat i nutrició i dietètica de Serhs Food Area, S.L. i document n°2, informe de validació d'un procediment de de congelació (procediment DHCME56) per desvirtuar la presumpció de caducitat dels aliments, no acredita els fets al·legats ni desvirtua les afirmacions que fa el responsable de subministraments a través de la Unitat de Supervisió i Control de l'Administració (d'ara en endavant USC) a l'informe emès dia 18 de desembre 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** [...].

En 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 en el 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 con 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 conclusió, l'informe tècnic de dia 18 de desembre de 2018 emès pel responsable de subministrament i USC acredita que per part de la Societat Concessionària ha hagut un incompliment de l'APPCC (sistema d'anàlisi de perills i control de punts crítics) i que arran de les diferents inspeccions documentades per part dels membres de l'Administració, s'ha pogut comprovar que serveix de forma sistemàtica productes alimentaris fora de la data de caducitat en virtut d'un procediment d'allargament de la vida útil, del qual manquen registres i documentació adequada a la normativa, a més de la manca d'autorització per part de l'Administració. Tot això ha produït un risc a la seguretat alimentària amb la incertesa de si s'ha servit menjar caducat per una manca de traçabilitat.

7. La recurrent s'oposa a la Resolució que var donar lloc a les deduccions per defectes de qualitat en la prestació de serveis no clínics per part del concessionari, al·legant essencialment els motius d'oposició esmentats en el fet 6^è els quals s'aniran analitzant seguidament contrastant els arguments amb allò previst en els plecs i en la resolució impugnada. Per determinar la procedència o no de les deduccions d'acord amb els arguments de la recurrent, cal comprovar si consten acreditats els fets objectius que constitueixen els incompliments i si consten fixades les deduccions en els plecs.

7.1 En el primer motiu d'oposició, la recurrent al·lega que les incidències que han donat lloc a les deduccions, no estan tipificades com a infracció ni l'Administració ha pogut acreditar cap incompliment.

Concretament, la recurrent al·lega que l'Administració, en la descripció de les incidències, parla de productes possiblement caducats. Així, a parer de la recurrent, la «possibilitat» de caducitat sense que s'hagi determinat si realment ha existit no pot ser causa de penalització i, a més, no hi ha cap norma que estableixi la necessitat de procedir a aquest registre, per la qual cosa els fets resulten atípics. Així, l'Administració no ha pogut determinar quin incompliment normatiu concret ha resultat imputable a la concessionària.

L'article 1.1 del Reglament Comunitari, Reglament (CE) nº852/2004 del Parlament Europeu i del Consell de 29 d'abril de 2004, disposa que el present Reglament estableix normes generals destinades als operadors d'empresa alimentària en matèria d'higiene dels productes alimentaris, tenint en compte particularment, entre d'altres, els següents principis:

- L'aplicació general de procediments basats en els principis d'anàlisi de perills i punts de control crític (APPCC).
- Les guies de pràctiques correctes són un instrument valuós per ajudar als operadors d'empresa alimentària en tots els nivells de cadena alimentària a complir les normes sobre higiene dels aliments i a aplicar els principis de APPCC.

En aquest sentit, la Guia de Pràctiques Correctes d'Higiene per a l'Elaboració i Servei de Menjars, publicada per la Conselleria de Salut i Consum, en data 18 d'agost de 2003, estableix en el seu capítol 3 que els sistemes d'autocontrol, que per part de les empreses responsables s'han d'elaborar per garantir que els aliments que es posen a disposició dels clients siguin segurs, s'ha de dissenyar seguint els principis en què se basa l'APPCC.

Continua l'article 5 del Reglament (CE) nº852/2004 establint que els operadors d'empresa alimentària hauran de crear, aplicar i mantenir un procediment o procediments permanents basats en els principis de l'APPCC. L'apartat 2 de dit article esmenta els principis APPCC, i entre d'altres, elaborar documents i registres en funció de la naturalesa i mida de l'empresa alimentària. L'article 4 disposa que els operadors de l'empresa alimentària aportaran a l'autoritat competent, en la mesura que aquesta ho sol·liciti, proves de que compleixen amb el requisit contemplat a l'apartat 1, tenint en compte la naturalesa i mida de l'empresa alimentària i a més els operadors

hauran de conservar la resta de documents i registres durant un període adequat.

Així, de la documentació que obra dins l'expedient, la concessionària ha incomplert alguns d'aquests principis, com és el principi que indica establir un sistema de documentació i de registre dels punts crítics.

L'apartat 5 del PPT, quan indica les especificacions tècniques dels serveis no clínics i en concret el servei de restauració i alimentació estableix el següent:

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 en el manejo de alimentos que deben ser considerados, según las normas y prácticas existentes, con 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 prima 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.

[...].

I per finalitzar i respecte a la Qualitat, el punt 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.

Aquesta documentació de la concessionària no obra dins l'expedient.

El punt 6 del PPT regulador del present contracte de concessió d'obra pública estableix clarament que els defectes de qualitat en la prestació de serveis no clínics donaran lloc a l'aplicació automàtica de deduccions sobre el Canon Variable que l'Administració retribueix mensualment a l'empresa concessionària.

Així i respecte a la manca de tipicitat al·legada, cal dir que els defectes de qualitat susceptibles de deduccions estan perfectament tipificats i s'ha seguit el procediment establert registrant les incidències d'acord amb la tipificació assenyalada i en concret, els defectes tipificats com IR14 i IC9 (defectes pel servei d'alimentació al pacient i el servei de cafeteria respectivament) esmentats al punt 5 i relatius a l'incompliment en la normativa vigent en cada moment en relació amb sistemes d'anàlisi de perills i control de punts crítics (APPCC).

En aquest sentit, l'informe emès pel responsable de subministraments i USC de dia 18 de desembre de 2018 exposa el següent:

[...]

Es 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**".

Continua el mateix informe indicant 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 el 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.

Per tot l'anterior, no existeix una infracció del principi de tipicitat, ja que els defectes detectats són un incompliment de la normativa APPCC contemplada en el PPT regulador del contracte, ja sigui per servir productes possiblement

caducats o bé per la manca d'evidència d'haver seguit un procediment segur per allargar la vida útil del producte, ja sigui tipificat com IR14 o IC9, segons el servei concessional que correspongui.

A més, la recurrent fa esment de la resolució del recurs 4/2013 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa quan reconeix que els principis de tipicitat, proporcionalitat, seguretat jurídica i transparència son garanties que han d'acompanyar a la imposició de les penalitats contractuals.

No obstant això, dita resolució exposa que de conformitat amb el principi de tipicitat, és necessari que amb caràcter previ a la imposició d'una penalitat el supòsit de fet punible hagi estat previst en els plecs.

Si no fos així, l'Administració estaria imposant una penalitat ad hoc i ens trobaríem amb una vulneració del principi de seguretat jurídica dels ciutadans.

En conseqüència, l'Administració no està imposant una penalitat ad hoc, perquè el supòsit de fet (incompliment de la normativa APPCC) està contemplat en el PPT com un defecte de qualitat donant lloc a una deducció. En el present cas, el determinant no està en afirmar en les incidències la caducitat o possible caducitat dels productes, sinó que l'essencial és l'incompliment de la normativa APPCC atès que es tracta d'un defecte de qualitat i previst tant en el PPT com en el PCAP.

La resolució del recurs 4/2013 cita textualment:

Es necesario recordar que la finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades es, 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.

Quant a les incidències derivades de les Inspeccions nº 56/2017, 60/2017 i 63/2017, a les que fa esment la recurrent en els fets de l'escrit del recurs, segons la resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 10 de setembre de 2018, va haver acord en la imposició de la deducció, per la qual cosa no té sentit la seva impugnació.

Respecte a que l'Administració no ha pogut acreditar cap incompliment en el procés de caducitat dels aliments, cal assenyalar l'exposat tant a l'informe jurídic emès pel Servei de Salut com l'informe del responsable de subministraments i USC de dia 18 de desembre 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. En 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 el 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.**

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

7.2 Quant a la segona alegació relativa a que la concessionària no ha servit aliments caducats i ha seguit correctament els procediments de congelació i caducitat, atès la documentació aportada en l'escrit del recurs i d'acord amb l'informe tècnic de dia 18 de desembre de 2018 emès per l'Administració i que s'ha argumentat al punt 7.1, no hi ha una evidència clara que cada un dels productes a que fa referència cada una de les incidències que han donat lloc a les deduccions, no estiguessin caducats.

Així, a l'informe jurídic de dia 18 de desembre de 2018 s'exposa 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 el 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 d'un aliment es defineix com el període de temps que transcorre des de la seva elaboració fins a la seva deterioració, factors com la temperatura, la llum o l'oxigen, poden fer variar aquest període. La vida útil dels aliments és establerta per cada empresa alimentària.

La normativa vigent relativa a l'etiquetatge i presentació de productes alimentaris obliga a incloure en aquest la informació sobre la vida útil del producte. La legislació és clara en aquest aspecte i quant al marcat de dates dels productes estableix dos tipus de dates:

– La data de durada mínima: *consumir preferentment abans de* el que indica la data fins a la qual els aliments conserven les seves propietats específiques quan són correctament emmagatzemats i que inclou aspectes organolèptics i nutritius.

- La data de caducitat: en el cas de productes alimentaris microbiològicament molt peribles i que per això puguin suposar un perill immediat per a la salut humana després d'un curt període de temps.

Parlem de caducitat secundària en el cas que es produeixin canvis en les condicions de conservació (quan el producte es congela) que fan necessari establir noves dates de caducitat o consum preferent.

En aquest cas, la data de caducitat que apareix en l'etiqueta del producte fresc ja no és vàlida i ha d'ampliar-se en conservar el producte a temperatures de congelació, ja que inactivem els bacteris presents en l'aliment i allarguem la seva vida útil.

Per a poder dur a terme una correcta gestió de les caducitats secundàries en les cuines industrials és fonamental un sistema de gestió basat en el pla APPCC. Tot producte obert, transvasat o congelat ha de disposar de l'etiqueta de traçabilitat amb el lot, data d'obertura, data de congelació/descongelació i així poder tenir un major control de la durada d'un producte una vegada obert (caducitat secundària).

Si bé no hi ha cap normativa que reguli aquestes caducitats secundàries, s'estableixen sobre la base de recomanacions dels fabricants i sobre la base de l'anàlisi de risc establert en el pla APPCC. Per això un adequat manteniment de APPCC i la importància de realitzar auditories del sistema ens permetre dur a terme unes bones pràctiques higièniques i a revisar la gestió de caducitats secundàries per a evitar possibles riscos de contaminació.

Cap producte existent en la instal·lació pot presentar dubtes sobre la seva naturalesa, origen i data de caducitat.

Al document nº2 presentat per part de la recurrent juntament amb l'escrit del recurs i en relació amb un informe de validació d'un procediment de congelació, on es pretén garantir que un aliment fresc congelat com a mínim tres dies abans de la seva caducitat pot estar tres mesos en congelació i, per tant és apte pel seu consum, no s'ha pogut demostrar que hagin complert amb aquest procediment davant les deduccions imposades, així com tampoc hi ha cap registre vàlid que demostrï que el producte s'hagi congelat en una data vàlida i a més no s'aprecia en aquesta forma d'actuar la diligència a la qual al·ludeix la recurrent.

D'acord amb l'informe jurídic esmentat:

La Inspección 56/2017 de 25 de octubre es especialmente significativa ya que ante el hallazgo del producto, en concreto arroz con verduras y sofrito de jamón, caducado en diferentes lugares de las cámaras, cada empleado presente da una explicación diferente: es para cafetería, es para tirar, se estaba revisando el almacén, tres explicaciones para el mismo hecho siendo la realidad que los productos caducados estaban en diversos 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 qualsevol cas, les incidències objecte del recurs tal com afirma l'informe jurídic emès pel Servei de Salut són un incompliment clar de la normativa APPCC, ja sigui per servir productes caducats com per la manca d'evidències d'un procediment segur per allargar la vida útil del producte tipificat com IR14 o IC9 segons el servei concessional que correspongui.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

7.3 Finalment, quant a la tercera i darrera al·legació, la recurrent al·lega que el conjunt d'incidències constitueixen una infracció única, encara que afectà a diverses barquetes en el servei de restauració i en el servei de cafeteria o menjador del personal.

En l'informe jurídic del Servei de Salut de les Illes Balears s'explica que la infracció existeix en cada producte caducat servit o cada producte que ha mancat del tractament correcte segons les bones pràctiques i l'APPCC. Continua explicant que en moltes ocasions a l'hora de debatre les incidències s'ha indicat a la Societat Concessionària que les deduccions afecten individualment a cada pacient, treballador i a cada article.

D'aquesta manera ens remetem a la Comissió Mixta 17/15, de novembre de 2015, on el seu President va exposar que:

determinar la procedencia de las deducciones tiene mucha relevancia, pues van a ser decisiones que se adopten 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.

Així, aquest criteri s'ha mantingut per tots els serveis i per aquest motiu l'informe del Responsable de Subministraments i USC conclou en el sentit que, s'han de considerar cada una de les faltes que es registren per cada producte independentment del seu número i de la inspecció que va ser detectada.

En definitiva i atès els informes abans esmentats, s'ha de contar individualment cada un dels fets registrats i documentats per les diferents inspeccions dels membres de l'Administració i per tant aquesta al·legació s'ha de desestimar.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Denegar l'obertura d'un període de prova, atès que, d'acord amb el que s'ha exposat al fonament de dret 3 d'aquest Acord, es considera improcedent i innecessari.
2. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa concessionària Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de dia 10 de setembre de 2018 per la qual s'aproven les propostes de la Comissió Mixta de Seguiment del contracte duta a terme el 18 d'abril de 2018.
3. Notificar aquest Acord a Gran Hospital Can Misses, SA, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els

articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.