

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

En Madrid, a 12 de agosto de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ALIMENTACIÓN Y RESTAURACIÓN A CENTROS DE ENSEÑANZA ARCE S.L.U (en adelante, ARCE), contra Resolución de adjudicación del “Acuerdo marco para la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid y actuaciones complementarias inherentes al mismo, dividido en 266 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 12 y 14 de abril de 2021, respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 463.750.458,39 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 31 de mayo se publicó el informe con la puntuación adjudicada a cada una de las empresas en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En dicho informe se otorgaba al recurrente 2,5 puntos sobre 3 en el criterio de adjudicación recogido en el apartado A.1 “Controles y Estándares de Calidad”.

Con fecha 16 de junio de 2021 el recurrente remitió escrito advirtiendo del error en la valoración del subcriterio A.1.1., y mediante el cual ya se expresaba lugar en el que consta la documentación considerada erróneamente no incluida en el informe.

Con fecha 30 de junio de 2021, es notificado Informe de revisión de la puntuación adjudicada en los apartados A.1.1., mediante el cual el órgano de contratación resolvió no encontrar justificación para la modificación de la puntuación otorgada al recurrente.

Con fecha 26 de julio de 2021 se notifica la adjudicación del acuerdo marco.

Con fecha 5 de agosto de 2021, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del acuerdo marco de referencia.

Tercero.- El 10 de agosto del 2021, el órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe, así como el recurso, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa participante en la licitación cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo fue notificado el 26 de julio del 2021, interponiéndose el recurso el 5 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida valoración del Subcriterio A.1.1. *“Procedimientos basados en los principios del sistema de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC) vigente (hasta 2 puntos)”*. Se trata de un criterio sujeto a juicio de valor, para el que se otorgó una puntuación de 1,5 puntos.

El recurrente fundamenta su recurso en la existencia de un error en la valoración efectuada sobre el subcriterio A.1.1., consistente en la falta de valoración de la documentación relativa a los muestreos microbiológicos incluida en la oferta presentada.

Señala que la discrecionalidad técnica tiene como límites además de la desviación de poder, la arbitrariedad, la falta de motivación, y el error manifiesto. A su juicio, existe error material manifiesto, habida cuenta que en el informe de valoración expresamente se indica lo siguiente sobre el subcriterio A.1.: *“Presenta un buen plan APPCC, pero no incluye muestreo microbiológico”*, sin embargo considera que sí ha incluido muestreo microbiológico en la oferta, incluyendo en el apartado 3.4 de su oferta, los Controles de calidad (página 25), punto en el que se explica el plan analítico que recoge el sistema de autocontrol, con indicación del tipo de muestra y parámetros analizados, incluyendo tanto parámetros microbiológicos como la determinación de alérgenos.

Al respecto, indica que el término *“muestreo microbiológico”* considerado en la evaluación del subcriterio A.1.1 solo hace referencia al análisis de microorganismos,

los cuales constan específicamente contemplados en la tabla incluida en la página 25 de la oferta presentada bajo el epígrafe “Analíticas”.

Considera que, en la oferta presentada, además del análisis microbiológico exigido por el Pliego, se incluye mayor información para mejor valoración, ofreciendo muestreo microbiológico más extenso (superficies y manipuladores, por ejemplo). De haberse valorado correctamente la información presentada, la oferta de ARCE para este subcriterio A.1.1 hubiese sido valorada con dos puntos y hubiese obtenido así la puntuación total en el criterio A.1 de tres puntos.

Señala que los requisitos que la jurisprudencia (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2014) exige en el “error” son, por un lado, que ha de ser “meramente material”, y por otro, “ostensible, palmario o manifiesto”. Afirma que la penalización por ausencia de muestreo biológico con 0,5 no estaría justificada, máxime cuando ha presentado en la página 25 del Plan de Calidad ofertado, bajo el epígrafe “Analíticas”, el plan del muestro microbiológico.

Finalmente invocan los principios de igualdad y concurrencia, que se ven vulnerados al no rectificar el órgano de contratación el error en la valoración del criterio A.1.1., habida cuenta que presentando la misma documentación e información que otros licitantes, no se le está puntuando ni calificando de igual forma, al no contemplar en la valoración del subcriterio A.1.1., el muestreo microbiológico, cuando si estaban incluido en la proposición de ARCE (página 25) conforme argumentado, faltando al principio de igualdad y concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se limita a señalar *“La empresa considera que en la documentación aportada incluye los aspectos referidos a los muestreos microbiológicos realizados, pero para los técnicos de la D.G. de Educación Infantil, Primaria y Especial no se presentan informes de los análisis efectivamente realizados en los centros atendidos por la empresa. Por tanto, se*

considera que no ha lugar a la modificación de la puntuación inicialmente asignada por dicho apartado.”

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la valoración del Subcriterio A.1.1. *“Procedimientos basados en los principios del sistema de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC) vigente (hasta 2 puntos)”* ha sido ajustado a derecho, al haberle otorgado 1,5 puntos.

Los criterios de valoración recogidos en el PCAP para este punto son: *“Existencia de contenido específico y detallado en la documentación”*.

En el informe de valoración del citado subcriterio sujeto a juicio de valor se hace constar *“El presente informe se circunscribe exclusivamente a la valoración conforme a estos criterios. Los aspectos que se han tenido en cuenta en el examen de la documentación técnica presentada por las empresas admitidas a la licitación en el Sobre nº 2 han sido:*

Apartado 1.1

- *Presentación de documento que recoja los procedimientos basados en los principios del sistema de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC) vigente.*
- *Existencia de auditorías internas*
- *Existencia de auditorías externas*
- *Existencia de muestreos microbiológicos*
- *Existencia de calibraciones de equipos*
- *Existencia de análisis de sistemas”*

Con relación a la oferta presentada por la recurrente, el informe señala *“Presenta Plan de Análisis de Peligros y Puntos de Control Crítico (APPCC) Buena auditoría interna y análisis de sistemas integrado en el plan. Presenta un buen plan APPCC, pero no incluye muestreo microbiológico”*.

Por tanto, la discrepancia se plantea respecto a si en la documentación presentada por la recurrente se incluye un “*muestreo microbiológico*”.

En la página 25 de la oferta presentada bajo el epígrafe “Analíticas”, se detalla el plan analítico que recoge el sistema de autocontrol (APPCC), sin que se haga expresamente referencia a un “*muestreo microbiológico*”, desconociendo este Tribunal, por sus limitaciones técnicas si el contenido que se recoge es equivalente a dicho muestreo.

A este respecto, debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Sirva, entre otras, la Resolución 237/20, de 10 de septiembre “En el caso que nos ocupa, se otorga 2 puntos a la empresa que presenta la mejor definición, entendiendo que las otras tres se encuentran en un nivel semejante, concediéndoles 1,2 puntos, considerando clasificadas a las tres en segundo lugar. Procede destacar que nos encontramos ante un criterio sujeto a juicio de valor por lo que nos movemos dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración.

La Resolución 122/2015, de 15 de julio de este Tribunal manifiesta, en relación a la discrecionalidad técnica, que “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Por todo lo cual este Tribunal considera que, en el presente caso, el recurrente no acredita la desviación de poder, ni la carencia de justificación, arbitrariedad o error patente de la Administración. La evaluación y calificación del criterio subjetivo han sido precisados mediante la discrecionalidad propia de los medios técnicos auxiliares de la Mesa de contratación, por lo que el incremento de 0,5 puntos no deja de ser una apreciación subjetiva del recurrente”.

Como en el caso de la resolución citada, en el presente no se acredita la desviación de poder, ni la carencia de justificación, arbitrariedad o error patente de la Administración. La evaluación y calificación del criterio subjetivo han sido precisados mediante la discrecionalidad propia de los medios técnicos, por lo que la valoración realizada debe considerarse ajustada a derecho.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso especial.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ALIMENTACIÓN Y RESTAURACIÓN A CENTROS DE ENSEÑANZA ARCE S.L.U, contra Resolución de adjudicación del “Acuerdo marco para la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid y actuaciones complementarias inherentes al mismo, dividido en 266 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.