

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

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aramark Servicios de Catering, S.L.U. (en adelante ARAMARK), contra el acuerdo de 14 de octubre de 2021, por la que se adjudica el contrato basado para la prestación del servicio de comedor escolar y actuaciones complementarias en el centro escolar CEIP Juan Sebastián Elcano, servicio integrado en el Lote 46 del Acuerdo marco para la prestación del “Servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid. Expediente: A/SER-003096/2021, 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 acuerdo marco de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

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

El valor estimado del contrato basado asciende a 167.763,75 euros.

Segundo.- Mediante la Orden 2225/2021, de 26 de julio, del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía, ARAMARK resultó adjudicataria, entre otros licitadores, de 245 lotes del acuerdo marco, entre los que figura el Lote número 46, que constituye el objeto del recurso.

En base a esa circunstancia, la recurrente fue invitada, junto a las otras 35 empresas adjudicatarias del acuerdo marco a participar en el nuevo procedimiento de licitación relativo al presente contrato basado en el acuerdo marco referente al lote 46, de conformidad con lo establecido en la cláusula 39 del PCAP. En respuesta a dicha solicitud de participación, presentó su oferta a la licitación del contrato basado dentro del plazo concedido a tal efecto.

Tras la presentación de las correspondientes ofertas por los licitadores invitados, el centro docente procedió a la apertura y valoración de los sobres 1 y 2 de las ofertas presentadas, en los que se contenía la documentación acreditativa de los criterios de calidad sujetos a juicio de valor y evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas. Conforme a lo anterior, la puntuación obtenida en la fase 1 de valoración de los criterios de adjudicación del acuerdo marco (64 puntos) y la obtenida en la fase 2 de valoración de los criterios de adjudicación del Contrato basado (33 puntos), conllevaban una puntuación total de 97 puntos para ARAMARK.

Finalmente, a la vista de las puntuaciones obtenidas por las empresas participantes en la fase de contratos basados del acuerdo marco, el Director del centro escolar acordó la adjudicación del contrato basado a favor de Ruizolve, S.L., al considerar que había presentado la oferta con mejor relación calidad-precio, siendo dicha resolución notificada en fecha de 15 de octubre de 2021.

Con fecha 29 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación presentado por ARAMARK contra la adjudicación del contrato basado referente al lote 105 del acuerdo marco.

Tercero.- El 4 de noviembre 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 Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que fueron presentadas el 16 de noviembre, de cuyo contenido se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

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, 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 15 de octubre del 2021, interponiéndose el recurso el 29 del mismo mes, 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 contrato basado de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés destacar lo que dispone el PCAP respecto de los criterios de adjudicación y de su ponderación.

En la Cláusula 1.6 del PCAP se recogieron los criterios de adjudicación de forma separada por las distintas fases de la licitación: la adjudicación del acuerdo marco y la adjudicación de los contratos basados para cada uno de los centros educativos incluidos en cada lote.

En la primera fase de la licitación, se previó la posibilidad de otorgar un máximo de 64 puntos, divididos como sigue:

- a) Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (hasta 3 puntos)
- b) Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (hasta 61 puntos).

A su vez, en relación con la segunda fase de licitación de los contratos basados, se estableció que podrían ser otorgados un máximo de 36 puntos con la siguiente división:

- a) Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (hasta 30 puntos).
- b) Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (hasta 6 puntos).

La adjudicación del contrato basado se produciría con la suma de puntuaciones obtenidas en ambas fases de la licitación.

En relación con dichos criterios cuya cuantificación es automática mediante de la aplicación de fórmulas de la segunda fase de la licitación, se estableció la siguiente subdivisión:

Utilización de productos de temporada en la elaboración de los ciclos de menús (3 puntos). En dicha propuesta debía determinarse la puntuación en función del grado de presencia de dichos productos en los ciclos de menús.

Productos de temporada	
Presentes en todos los ciclos de menús	3 puntos
Presentes entre el 50% y el 100 % de los ciclos de menús	1 puntos
Presentes en <50% de los ciclos de menús	0 puntos

Utilización de alimentos orgánicos procedentes de cultivos ecológicos, que no utilicen abonos o pesticidas, y preferiblemente frescos y de temporada (3 puntos).

Productos ecológicos	
Más del 10% de los alimentos ofertados	3 puntos
Entre el 8% y el 10% de los alimentos ofertados	2 puntos
Entre el 6% y el 8% de los alimentos ofertados	1 punto
Entre el 4% y el 6% de los alimentos ofertados	0,5 puntos
<4% de los alimentos ofertados	0 puntos

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en que la puntuación obtenida mediante los criterios de valoración automáticos sujetos a fórmulas de conformidad a la cláusula 1.6 de los PCAP, asciende a 4 puntos sobre un total de 6, otorgándole 1 punto en el criterio 4.1 y 3 puntos en el criterio 4.2. Esta puntuación evidencia una falta de cumplimiento de los pliegos y arbitrariedad por parte del órgano contratante en su valoración, el cual habría aplicado criterios no establecidos en los pliegos.

En su declaración responsable hacía constar respecto al criterio 4.1:

“SE COMPROMETE:

4.1. Utilización en la composición de menús de producto de temporada
Aramark incorporará productos de temporada en *todos los ciclos de menús*

trimestrales, que en algunos casos puede coincidir como producto también ecológico.

Los productos de temporada que nos comprometemos a utilizar en los menús son los siguientes:

- *Ciclo de otoño (1º trimestre): mandarina, naranja, berenjena, espinacas, calabaza, boniato, guisantes y brócoli.*
- *Ciclo de invierno (2º trimestre): mandarina, naranja, brócoli, calabaza, acelgas.*
- *Ciclo de primavera (3º trimestre): sandía, melón, berenjena, espinacas, judías verdes”.*

La justificación del órgano contratante de la puntuación otorgada en relación con los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, señalaba lo siguiente:

“El sobre número 2, solo contiene un compromiso de la empresa para acreditar incorporación en los menús productos de temporada y ecológicos. No se pueden cuantificar porcentajes pues no hay datos para comprobar, aplicando los mismos criterios que se han aplicado con el resto de las empresas.

Con esta documentación es muy difícil hacer una valoración y aplicar las formulas, cuando no presenta detalles en cuanto a la frecuencia y variedad de los productos, ni menús tipo, donde se muestran los tres ciclos mensuales con la incorporación de los productos de temporada correspondientes a cada ciclo.

No especifica cómo se incorporan en los menús de productos de temporada y el uso de alimentos orgánicos procedentes de cultivos ecológicos que no utilicen abonos o pesticidas químicos y que sean preferiblemente, frescos y de temporada.

No se adjuntan certificados de empresas proveedoras de productos que acredite su origen y que no utilicen abonos o pesticidas químicos y que sean preferiblemente, frescos y de temporada”.

A juicio del recurrente, mediante la declaración responsable presentada como parte integrante del Sobre 2, daba cumplimiento y se ajustaba a todo lo exigido para obtener la puntuación máxima en relación con los criterios evaluables de forma

automática del apartado 4º de la fase 2 del procedimiento de licitación del contrato basado ya que se comprometía al uso en todos los ciclos de menús de productos de temporada (extremo valorable con 3 puntos) y a la utilización de alimentos ecológicos por volumen equivalente a más del 10 % del total de alimentos utilizados (extremo valorado con 3 puntos). Por tanto, el contenido del sobre 2 de la oferta de licitación de esta parte debería haber sido puntuada con la máxima puntuación, es decir, con 6 puntos.

En este sentido, considera que resulta particularmente ilustrativo de la arbitrariedad incurrida por el órgano contratante en la valoración de las ofertas de los licitadores el hecho de que, tras presentar oferta en los más de 700 contratos basados integrantes de los 266 lotes en los que se dividió el acuerdo marco de referencia, ARAMARK obtuvo la máxima puntuación (6 puntos) en relación con los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en todos ellos, salvo en seis centros escolares en los que ha obtenido puntuaciones dispares sin justificación alguna (0, 4 o 5 puntos). Así, si bien es plenamente conocedora de que la valoración de las ofertas y la consiguiente adjudicación de cada contrato basado depende del correspondiente órgano contratante, no puede desconocerse de que estamos hablando de la prestación de un mismo servicio (el servicio de comedor escolar y actuaciones complementarias) y de un mismo criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas automáticas (la utilización de productos de temporada y ecológicos).

Por tanto, nos encontramos ante la aplicación de un criterio valorable mediante la mera aplicación de fórmulas, es decir, sin proceder valoración subjetiva alguna, lo que significa que, ante la idéntica acreditación del cumplimiento del mismo requisito, la puntuación obtenida debería haber sido, necesariamente, la misma en todos los casos. La documentación integrante del sobre 2 fue exactamente la misma en todas las ofertas presentadas por ARAMARK en los más de 700 contratos basados integrantes de los 266 lotes en los que se dividió el acuerdo marco.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la valoración de la documentación presentada por las empresas se ha realizado de acuerdo a los

criterios de adjudicación y su ponderación indicados para la segunda fase en la cláusula 1 apartado 6 del PCAP del acuerdo marco. Tanto el procedimiento de la fase de contratos basados como la adjudicación inicialmente propuesta se ha realizado conforme a lo indicado en la Cláusula 38 del PCAP que regula el desarrollo de la fase de contratos basados del citado procedimiento.

Por su parte, el adjudicatario alega que del tenor literal del PCAP respecto a la documentación técnica a presentar, resulta claro que en el pliego se **exigía (deberán presentar)** una declaración responsable y **(así como)** otra documentación que se considere conveniente (la negrita es suya). A pesar de ello, y a sabiendas de la importancia que tiene en la fase de adjudicación de los contratos basados, el contenido y la forma de la presentación de la oferta a cada centro escolar en particular, dado que, una vez hechas las valoraciones por el órgano de contratación, éste ha de informar el Consejo Escolar, en el que, participan los padres de los niños que serían los destinatarios de los servicios de comedor, ARAMARK decide presentar tan sólo una declaración responsable con anuncio de intenciones en relación a la incorporación en los menús, de productos de temporada y alimentos orgánicos, todo ello muy escueto y sin mucha explicación. Sin embargo, Ruizolve S.L. además de contener su compromiso de incorporar productos de temporada y alimentos orgánicos en los menús y ciclos de menús, presentó menús elaborados, detalló e incluyó más variedad de unos y otros productos y acreditó por medio de certificados emitidos por sus proveedores, de que los mismos eran proveedores de productos de temporada y alimentos orgánicos, en garantía del efectivo cumplimiento del compromiso adquirido mediante la declaración responsable.

Vistas las alegaciones, procede destacar que nos encontramos ante un criterio de valoración sujeto a cifras o porcentajes, es decir un criterio objetivo de valoración.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de Tribunales de resolución de recursos contractuales, la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación.

Entre muchas otras, podemos citar la Resolución 160/2019, de 26 de abril, de este Tribunal:

“c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general”.

En el caso que nos ocupa, las puntuaciones posibles para el criterio de adjudicación 4.1 eran 3 puntos cuando los productos de temporada estuvieran presentes en todos los ciclos del menú, 1 punto cuando lo estuvieran entre el 50% y el 100% y 0 puntos cuando estuviera presente entre el 50% y 0%.

Como se ha señalado anteriormente la cláusula 1.6 del PCAP establece:

“DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A PRESENTAR EN LOS SOBRES 1 Y 2:

Los licitadores deberán presentar una declaración responsable, firmada electrónicamente en su nombre o por el representante legal de la empresa, en su caso, de su oferta a los requisitos que exigen en cada subcriterio de adjudicación, así como cualquier otra documentación que consideren conveniente”.

Dado, que como se comprueba en el expediente, en la declaración responsable de la recurrente consta el compromiso de utilización de productos de temporada en todos los ciclos del menú, la puntuación que debió otorgarse era de 3 puntos. El contenido del PCAP es claro en cuanto a la documentación que los licitadores deben presentar para la valoración del criterio objeto de controversia, que no es otro que una declaración responsable, sin que puedan admitirse justificaciones dadas por el órgano de contratación como *“Con esta documentación es muy difícil hacer una valoración y aplicar las formulas...”*, *“No especifica cómo se incorporan en los menús de productos de temporada...”* o *“No se adjuntan certificados de empresas proveedoras de productos que acredite su origen y que no utilicen abonos*

o pesticidas químicos y que sean preferiblemente, frescos y de temporada”, ya esta documentación no es exigida en los pliegos.

Si el órgano de contratación considera que debía incluirse otro tipo de información, como menús elaborados o compromiso de proveedores, en los términos que realizó el adjudicatario, debió incluirlos expresamente en los Pliegos, ya que en caso contrario no pueden ser exigidos para la valoración del criterio controvertido. Tampoco puede acogerse la alegación realizada por el adjudicatario en cuanto que los pliegos exigen la declaración responsable *“así como otra documentación que se considere conveniente”*, ya que esta circunstancia deja a voluntad del licitador la determinación de la conveniencia de aportar otra documentación, sin que, en ningún caso, tenga carácter imperativo.

La declaración responsable es el único documento justificativo exigido en los pliegos para acreditar los criterios de valoración 4.1 y 4.2. Será en la fase de ejecución del contrato en la que el órgano de contratación deberá comprobar el cumplimiento de dicho compromiso, de modo que, en caso de incumplimiento, podrá aplicar las medidas que correspondan conforme a los pliegos y a la normativa vigente.

En el caso que nos ocupa, se ha concedido al recurrente 1 punto al criterio previsto en el apartado 4.1, que es la valoración prevista para la propuesta consistente en la presencia de productos de temporada entre el 50% y el 100% de los ciclos del menú y no los 3 puntos previstos cuando están presentes en todos los ciclos de los menús, como establece la oferta de la recurrente en su declaración responsable.

La prohibición de aplicar a los criterios de adjudicación de carácter objetivo nuevos criterios interpretativos de ponderación no solo obedece al estricto cumplimiento de los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación contenidos en el artículo 1 de la LCSP, sino que también deriva de la inexistencia de discrecionalidad técnica de los órganos contratantes en la aplicación de dichos criterios.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, anulando la adjudicación del contrato y retrotrayendo actuaciones al momento previo a la valoración de las oferta, otorgando 3 punto a la recurrente en el criterio 4.1 y continuando en procedimiento de licitación en los términos que legalmente correspondan.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aramark Servicios de Catering, S.L.U. contra el acuerdo de 14 de octubre de 2021, por la que se adjudica el contrato basado para la prestación del servicio de comedor escolar y actuaciones complementarias en el centro escolar CEIP Juan Sebastián Elcano, servicio integrado en el Lote 46 del Acuerdo marco para la prestación del “Servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid. Expediente: A/SER-003096/2021, anulando la adjudicación del contrato, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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.- 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.