

**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 15 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 Infanta Elena de Pozuelo de Alarcón, servicio integrado en el Lote 239 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 de contrato asciende a 463.750.458,39 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

El valor estimado del contrato basado asciende a 109.445,88 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 239, que constituye el objeto del recurso.

En base a esa circunstancia, la recurrente fue invitada, junto a las otras 26 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 239, de conformidad con lo establecido en la cláusula 39 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante 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 (30,50 puntos), conllevaban una puntuación total de 94,50 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 la empresa

Secoe 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 239 del Acuerdo Marco.

Tercero.- El 5 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 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 (en adelante 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.- 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 y de cuyo contenido se dará cuenta 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 5 puntos sobre un total de 6, correspondiendo 3 puntos al criterio 4.1 y 2 puntos al 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 a este último criterio de adjudicación:

“(…) 4.2 utilización de alimentos orgánicos procedentes de cultivos ecológicos que no utilicen abonos o pesticidas químicos y que sean preferiblemente frescos y de temporada.

Aramark se compromete a utilizar los siguientes alimentos orgánicos procedentes de los cultivos ecológicos que no utilicen abonos o pesticidas químicos y que sea preferiblemente frescos y de temporada: pera, manzana, coliflor, zanahorias, cebolla, fideos integrales, alubias pintas, judías blancas, lentejas, quinoa, calabaza, berenjena, pimiento verde y brócoli.

Estos productos representan más del 10% de los alimentos ofertados en nuestros menús. (…)”.

Añade que, 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 ó 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 *“con fecha 8/10/2021, se procede a abrir el sobre 2, de las diferentes empresas, para continuar con esta segunda fase del concurso. Al llegar el turno de Aramark, encontramos, por primera vez una declaración jurada sin evidencias. **En ningún sitio de las instrucciones recibidas queda reflejado que bastase una declaración jurada para conseguir la máxima puntuación en estos apartados.** Al tratarse del primer caso, se decide recuperar el sobre 1 dónde se encuentran evidencias para justificar la máxima puntuación en el apartado 4.1 pero no en el apartado 4.2 (ya que no se identifican los productos ecológicos en los menús ejemplo aportados)”*.

A continuación, manifiesta *“A medida que avanza el proceso, nos encontramos con algún sobre más que incluye solo una declaración jurada sin evidencias. Aunque no es el escenario habitual (solo ocurre en el 18% de los candidatos presentados), se decide consultar telefónicamente con el asesor de la Comunidad de Madrid, quién explica que no hay nada en las instrucciones al respecto y que depende del criterio del órgano adjudicador, dado que, en esta fase, hay que utilizar exclusivamente la documentación contenida en el sobre 2.*

Llegados a este punto y, ante la falta de un criterio claro en las instrucciones, se decide aplicar UN punto en cada apartado, cuando el participante aporte exclusivamente una declaración jurada y CERO puntos, cuando la documentación del sobre 2 no se ha presentado o es ilegible.

Teniendo como objetivo la transparencia y para evitar la arbitrariedad en el proceso y perjuicio a cualquiera de los participantes en la licitación, se debería haber aplicado la misma decisión a todos pero, por error, no se extendió a Aramark. Es decir, una vez revisada la documentación, a raíz de la petición de información de la citada empresa, detectamos que la puntuación del sobre 2 se debería haber revisado a la baja, otorgando 2 puntos, en lugar de los 5 registrados”.

Por su parte, el adjudicatario alega que comprobando el contenido del documento aportado por ARAMARK con el documento aportador por esta parte, se constata que el aportado por la recurrente se limita a la mera expresión de un compromiso responsable; pero no detalla la menor información relevante para que el órgano evaluador pueda considerar que hay un cumplimiento o no del contenido de las bases; y así, no se recoge menú, fechas de oferta según temporada, porcentajes de alimentos a emplear desglosados; meramente, consta el compromiso de ofertar un porcentaje. En ese sentido, dicho documento tiene un mero valor de voluntariedad, pero no permite evaluar si cumple y satisface con los requerimientos del pliego, y los requisitos nutricionales a considerar. Esta declaración responsable, tan escueta, viene a ser un documento en el que se indica que es voluntad del recurrente cumplir con las bases, y con la ley; por supuesto, esta voluntad está bien que se exprese, pero deja el debate en el mismo punto en que se encuentra.

Así mismo, considera que resulta aplicable la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales relativa al principio de discrecionalidad técnica de los órganos encargados de evaluar las ofertas de los licitadores.

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 4.2 eran de 3 puntos (uso de más de un 10% de productos ecológicos en los alimentos ofertados), 2 puntos (uso entre el 8 y 10%), 1 punto (uso entre el 6 y el 8%), 0,5 puntos (uso entre el 4 y el 6%) y 0 puntos (uso inferior al 4% del total de alimentos).

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”.

Como se comprueba en el expediente de contratación, en la declaración responsable de la recurrente consta el compromiso de utilización de productos de temporada en todos los ciclos del menú, por lo que la puntuación otorgada fue de 3 puntos. Del mismo modo, consta el compromiso de suministrar más del 10% de productos ecológicos en los alimentos ofertados, por lo que la puntuación debió ascender a 3 puntos y no a los 2 puntos concedidos. 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 pueda cuestionarse si la declaración responsable exigida en los Pliegos es documentación adecuada y suficiente para su valoración. Una declaración responsable es un documento que firma un interesado en el que manifiesta bajo su responsabilidad el compromiso de cumplir las obligaciones que en la misma se compromete, y este es el documento exigido en el PCAP para su valoración.

No puede admitirse, de acuerdo con la doctrina manifestada anteriormente por apartarse del contenido de los Pliegos, la utilización del criterio *“Llegados a este punto y, ante la falta de un criterio claro en las instrucciones, se decide aplicar UN punto en cada apartado, cuando el participante aporte exclusivamente una declaración jurada y CERO puntos, cuando la documentación del sobre 2 no se ha presentado o es ilegible”*.

Tampoco pueden acogerse las alegaciones del adjudicatario en cuanto a que la oferta del recurrente *“no se recoge menú, fechas de oferta según temporada, porcentajes de alimentos a emplear desglosados (...)”*, ya que esta información no viene exigida en los Pliegos, que recordemos constituyen la ley del contrato y obligan tanto al órgano de contratación como a los licitadores.

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.

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 ofertas, otorgando 3 puntos a la recurrente en cada uno de los criterios de valoración

4.1 y 4.2, 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 15 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 Infanta Elena de Pozuelo de Alarcón, servicio integrado en el Lote 239 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.- 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.