

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Eurest Colectividades, S.L.U., (en adelante EUREST) contra el acuerdo de 30 de septiembre 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 Ortega y Gasset de Leganés, servicio integrado en el Lote 135 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 contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 119.831,25 euros.

Segundo.- Mediante la Orden 2225/2021, de 26 de julio, del Consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía, EUREST resultó adjudicataria, entre otros del Lote número 135, que constituye el objeto del recurso.

En base a esa circunstancia, la recurrente fue invitada, junto a las otras treinta 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 55, 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 (63,75 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 96,75 puntos para EUREST.

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 Cutasa S.L., al considerar que había presentado la oferta con mejor relación calidad-precio, siendo dicha resolución notificada en fecha de 30 de septiembre de octubre de 2021.

Con fecha 22 de octubre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación presentado por EUREST contra la

adjudicación del contrato basado referente al lote 135 del acuerdo marco, solicitando el acceso al expediente para la ampliación del recurso.

Por acuerdo de 12 de noviembre de 2021 este Tribunal concedió vista del expediente en los términos solicitados por la recurrente.

Con fecha 29 de noviembre la recurrente presentó la ampliación del recurso.

Tercero.- El 11 de noviembre del 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, 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, sin que se hayan recibido alegaciones al respecto.

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 30 de septiembre del 2021, interponiéndose el recurso el 22 de octubre, 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:

- 1) Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (hasta 3 puntos)
- 2) 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 se ha producido una incorrecta valoración en los criterios recogidos en el apartado 4 referente a criterios que no están sujetos a juicios de valor.

Considera que, en base a lo estipulado en el pliego rector, todo licitador que oferte productos de temporada presentes en todos los ciclos de menús y productos ecológicos en más del 10% de los alimentos ofertados, obtendrá mediante criterios automáticos y objetivos un total de 6 puntos.

En base a ello, se está haciendo una valoración incorrecta, subjetiva y arbitraria del pliego rector y por ende de los criterios automáticos que en él se establecen, ya que en su oferta declara y se compromete mediante declaración jurada a ofrecer los productos de temporada presentes en todos los ciclos de menús y los productos ecológicos en más del 10% de los alimentos ofertados, y únicamente se puntúa a este criterio con 3 puntos, cuando tal y como establece el pliego rector habría tenido que puntuar dicho criterio automático con 6 puntos.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la valoración de la documentación presentada por la empresa se ha realizado conforme a los criterios de valoración y su ponderación indicados para la segunda fase de la cláusula 1 apartado 6 y 38 del PCAP.

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”.

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. Así mismo consta el compromiso de incluir alimentos orgánicos procedentes de cultivos ecológicos en más del 10% de los alimentos ofertados, por lo que debió otorgársele otros 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.

Si el órgano de contratación considera que debía incluirse otro tipo de información, como menús elaborados o compromiso de proveedores, debió incluirlos expresamente en los pliegos, ya que en caso contrario no pueden ser exigidos para la valoración del criterio controvertido.

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 retro trayendo actuaciones al momento previo a la valoración de las oferta, otorgando 6 puntos a la recurrente en el criterio 4 (3 puntos en el criterio 4.1 y 3 puntos en el criterio 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 la empresa Eurest Colectividades, S.L.U., contra el acuerdo de 30 de septiembre 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 Ortega y Gasset de Leganés, servicio integrado en el Lote 135 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.

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.