

Recurso nº 299/2023
Resolución nº 313/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 10 de agosto de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ALBIE, S.A. (en adelante, ALBIE), contra la orden 2451/2023, de 4 de julio, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se adjudica el “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 267 lotes”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad y en el DOUE, con fechas 3 y 8 de febrero de 2023, respectivamente, se convocó la licitación del acuerdo marco de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 725.994.115 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- Terminado el plazo de presentación de ofertas, se reciben proposiciones de 69 entidades licitadoras, entre ellas la del recurrente.

Con fecha 18 de abril de 2023, se reúne la mesa de contratación para examinar el informe de valoración de la oferta técnica relativa a los criterios de ponderación mediante juicio de valor emitido por la Dirección General de Educación Infantil y Primaria, de fecha 14 de abril de 2023, aprobándose por unanimidad de los miembros de la Mesa y procediendo a la apertura del Archivo nº 3, que contiene la documentación técnica correspondiente a los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática mediante la aplicación de fórmula.

Con fechas 7 y 15 de junio de 2023, se reúne la mesa de contratación para el examen de la documentación presentada por los licitadores propuestos como adjudicatarios, acreditativa de su aptitud para contratar y para el examen de documentación presentada en fase de subsanación.

Con fecha 4 de julio de 2023, el consejero de Educación, Ciencia y Universidades dicta la Orden 2451/2023 por la que acuerda adjudicar los lotes del acuerdo marco. La Orden de adjudicación se publica en el perfil del contratante con fecha 4 de julio de 2023 y se notifica con fecha 5 de julio de 2023.

Tercero.- El 24 de julio de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del acuerdo marco de referencia.

Cuarto.- En fecha 1 de agosto de 2023 se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lotes recurridos 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.

Sexto.- 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.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

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 individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 5 de julio de 2023, presentándose el recurso el día 24 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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 transcribir la cláusula 1, en su apartado correspondiente al criterio B.1.3 “Perfil lipídico” una vez realizada la corrección de errores:

Perfil lipídico	
AGS $\leq 8\%$	2 puntos
$8\% < \text{AGS} \leq 9\%$	1 punto
AGS $> 9\%$	0 puntos
Uso de aceites vegetales ricos en AGM	1 punto

En las preguntas hechas al órgano de contratación a través del portal de contratación figura la siguiente:

“6. ¿Cómo se valorará el perfil lipídico?”

Tal y como figura en la orden de rectificación del PCAP publicada el 20 de febrero 2023 en el Portal de Contratación, si el menú contiene una cantidad igual o inferior al 8% de AGS se valorará con 2 puntos; si es mayor del 8% e inferior o igual al 9% se valorará con 1 punto y si es mayor del 9% con 0 puntos. El uso de aceites vegetales ricos en AGM se valorará con 1 punto”.

Fundamenta su recurso en que en el pliego se asigna una puntuación automática a unos porcentajes determinados, hablando de menú en singular y nunca especificando la disminución de puntos por una la elección de un período determinado u otro, o de un número de días determinados. Esta respuesta confirma

que el aumento o disminución de puntuación se producirá en función del porcentaje aplicado y no por los días de menús presentados. Ni el pliego ni el anuncio de licitación, establecen que únicamente se valorará este criterio si se presentan número de días determinados de menús, ni que la presentación de 1,5 o 20 días supondrá una mejora o una disminución de la puntuación que se pueda obtener por este criterio. Muy al contrario, este criterio aparece diseñado como un criterio automático cuya valoración depende de una aplicación de fórmula, hecho que vuelve a ser confirmado con la respuesta a esta pregunta formulada por los licitadores en el portal de contratación.

Añade que para la valoración de los criterios automáticos en los concursos de 2017 y 2021 presentó las declaraciones responsables requeridas junto con una carpeta de detalle, de la documentación presentada se puede observar, que concretamente en 2021 se presentó un anexo sustancialmente idéntico al presentado en 2023, lo cual es lógico dado que las exigencias del pliego de 2021 son las mismas en todos los apartados que en 2023.

En base a ello, la puntuación que debió obtener era de 3 puntos (los mismos que en las licitaciones anteriores) y no 1 como le otorgó la mesa de contratación.

Sin embargo, la mesa de contratación de 7 de junio de 2023 hace la siguiente observación:

“ALBIE, S.A., NO se puede otorgar una puntuación de 2 puntos provenientes del perfil lipídico, debido a que la empresa únicamente proporcionó el promedio de información nutricional relacionada con los ácidos grasos saturados correspondiente a los primeros 15 días del menú 1 desconocemos y, por lo tanto, no podemos evaluar la información restante, la cual abarcaría los 5 días restantes del menú 1, los 20 días del menú 2 y los 20 días del menú 3”.

A su juicio, resulta incorrecta esta decisión ya que en el pliego no se preveía la posibilidad de una puntuación con resultado cero por no presentar un número de

días específicos de menús, ya que el pliego establece la pérdida de puntuación con base en el porcentaje ofertado. Adicionalmente a lo anterior, si se hubieran ceñido a la especificidad del PCAP, hubiera bastado con una declaración responsable, siendo el resto de documentación *“lo que tuviese el licitador por conveniente”*. Por tanto, no se puede decir que el contenido sea taxativo, ni siquiera definido. *“Lo que tenga una empresa por conveniente”* es una expresión abierta e indeterminada sin que se indique qué documentos son convenientes presentar.

En ningún concurso anterior, se había valorado la presentación de la “documentación conveniente” limitándose a valorar lo contenido en la declaración responsable. Por tanto, esta valoración realizada por el órgano de contratación en 2023 se aleja sustancialmente de la actuación precedente de este órgano de contratación, valorando mediante fórmula el contenido accesorio de la oferta que, según cada licitador y según tengan por conveniente presentarán o no, lo que va en contra de la doctrina de los actos propios.

Finalmente, plantea de necesidad de que el órgano de contratación le hubiese concedido plazo para subsanar la documentación que hubiera sido necesaria.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta, en primer lugar, que no corresponde a esta comisión realizar valoraciones sobre la puntuación obtenida por la empresa en procedimientos de licitación anteriores, por lo que se van a referir únicamente a la baremación realizada en el Acuerdo Marco al que se refiere el recurso presentado.

Según se recoge en el documento de preguntas frecuentes, a efectos de la baremación de la documentación en la primera fase del Acuerdo Marco es necesario presentar 3 ciclos de menús de 20 días para la franja de edad de 6- 9 años, es decir una programación correspondiente a tres meses.

Dentro de los criterios evaluables de forma automática mediante fórmula, en el criterio B: “Elaboración y programación de los menús” se valoran los siguientes aspectos de los menús presentados: criterios nutricionales (B.1) y composición y variedad de los menús (B.2). Según se indica en la cláusula cuarta del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación a la programación de los menús:

“Se deberá indicar, la composición, el valor nutricional (energía –Kcal-; proteínas, lípidos e hidratos de carbono –en g o en % a la energía-; AGS –en g o en % a la energía-; etc.) y la ejecución de los diferentes platos para cada día de la programación mensual, teniendo en cuenta el grupo de edad de 6 a 9 años (que deberá ir indicado en el ciclo de menús para conocimiento de los padres). La energía se ajusta diariamente, por ello cada día deberá figurar en el menú el contenido en energía (kcal), macronutrientes y, en su caso, micronutrientes”.

En la documentación del sobre 3 contenía, tal y como se solicitaba, una programación de tres ciclos de menús mensuales, distribuidos por meses y por tramos semanales. En el mismo, se facilita diariamente la información nutricional de aporte calórico, proteínas, hidratos de carbono y lípidos, lo que ha permitido baremar con la máxima puntuación los apartados B.1.1 y B.1.2, al disponerse de la información diaria para todos los días del ciclo de menús tal y como se indica en la cláusula cuarta del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Sin embargo, en relación a la cantidad de AGS (ácidos grasos saturados) no se indica la cantidad diaria ni en gramos ni en porcentaje, tal y como se solicitaba en el Pliego de Prescripciones Técnicas. En la documentación presentada únicamente consta, en la página 6, la tabla en la que se muestra la información nutricional relacionada con los ácidos grasos saturados (AGS) correspondiente a los primeros 15 días del primer menú del ciclo, no proporcionándose esa información ni sobre los últimos cinco días de ese ciclo ni sobre los otros dos ciclos de menús presentados.

Concluye manifestando que en el caso de la empresa ALBIE el porcentaje de AGS (perfil lipídico) en los 15 días para los que se dispone de esa información se

encuentra dentro de los límites para los que se otorgaría esa puntuación máxima (7,5%). Pero no existe en la documentación presentada información, ni en gramos ni en porcentaje, sobre el contenido de AGS para el resto de los días del ciclo ni para los otros dos ciclos de menús, por lo que no pudo otorgar en este apartado la puntuación máxima, dado que no se ha facilitado en la documentación presentada información suficiente para poder evaluar si estos porcentajes se mantienen dentro de los límites establecidos en los 3 ciclos de menús con los que se realiza la valoración de los criterios evaluables de forma automática.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la puntuación otorgada en el criterio de adjudicación controvertido es correcta.

La Cláusula 6 del PCAP establece: ***“DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A PRESENTAR EN LOS SOBRES 2 Y 3:***

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 se exigen en cada subcriterio de adjudicación, así como cualquier otra documentación que consideren conveniente”.

La cláusula cuarta del PPT en relación a la programación de los menús señala que *“Se deberá indicar, la composición, el valor nutricional (energía –Kcal-; proteínas, lípidos e hidratos de carbono –en g o en % a la energía-; AGS –en g o en % a la energía-; etc.) y la ejecución de los diferentes platos para cada día de la programación mensual...”.*

Así mismo, se exige una programación de tres ciclos de menús mensuales, distribuidos por meses y por tramos semanales.

En la documentación presentada consta el documento 2 “Elaboración y programación de los menús”, firmado por el responsable de la empresa, en cuyo apartado B1 “Aspectos básicos, requisitos nutricionales”, referidos al contenido de

micronutrientes, donde consta “Valor nutricional Mes 1, 15 días”. A continuación, se especifica el aporte y perfil calórico, así como el perfil lipídico, donde consta la cifra de 7,50 %.

A la vista de esta información relevante, no cabe sino acoger las alegaciones del órgano de contratación, en cuanto que esa información la ciñe exclusivamente al menú del mes 1, para quince días, sin que se acredite que se mantiene esa información ni para los últimos cinco días de ese ciclo ni sobre los otros dos ciclos de menús presentados.

En el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante un supuesto de un posible incumplimiento de una prescripción técnica, en el que se podría aplicar la presunción de cumplimiento de la misma por parte del licitador al haber aceptado las condiciones de la licitación, sino ante un criterio de adjudicación cuyo cumplimiento debe quedar acreditado de modo expreso e indubitado, circunstancia que no se da en el presente caso.

En el supuesto de ser admitida la tesis de la recurrente, en la fase de ejecución del contrato podría pretender limitar ese perfil lipídico a lo que consta en su oferta (mes 1, 15 días), ya que esta, al ser aceptada por el órgano de contratación sería vinculante.

Tampoco se puede acoger la pretensión de la recurrente de exigir al órgano de contratación de un plazo de subsanación, ya que al tratarse de un criterio de adjudicación, la nueva documentación o información supondría una modificación de la oferta, que supondría un incumplimiento del principio de igualdad y no discriminación entre licitadores.

En este momento procede traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato y vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso

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 ALBIE, S.A., contra la orden 2451/2023, de 4 de julio, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se adjudica el “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 267 lotes”.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para los lotes recurridos.

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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL
Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP
EL VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ JOSE MIGUEL
Fecha: 2023.08.16 16:32