RE 008/2015

Acuerdo 20/2015, de 9 de febrero de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por SERUNIÓN, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Cocina y alimentación en su ciclo completo de las Escuelas Infantiles del Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza», promovido por el Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de mayo de 2014 se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Cocina y alimentación en su ciclo completo de las Escuelas Infantiles del Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza», convocado por el Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza (en adelante el Patronato), contrato de servicios de la categoría 17 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 2 257 800,00 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos ISS SOLUCIONES DE CATERING, S.L. (en

adelante ISS) —que resultaría adjudicataria— y la recurrente, SERUNIÓN, S.A. (en adelante SERUNIÓN).

En sesión celebrada por la Mesa de contratación el 1 de julio de 2014 se procede a la apertura y verificación de la documentación del Sobre nº 1, y se admite a todos los licitadores. Se procede a continuación a la apertura del Sobre nº 2 que contiene la documentación sujeta a evaluación previa y se acuerda su remisión a la Comisión Técnica, al objeto de que emitan el correspondiente informe de valoración.

TERCERO.- En sesión pública de la Mesa de contratación, celebrada el 12 de septiembre de 2014, se da lectura al informe técnico de valoración de la documentación evaluable mediante criterios no sujetos a fórmulas.

Seguidamente se propone a los representantes asistentes que comprueben que los Sobres nº 3, que contienen la documentación valorable de manera automática, se encuentran en las mismas condiciones que fueron entregados y se procede a su apertura, dándose posteriormente lectura de la proposición económica y de las mejoras incluidas en el Sobre nº 3. Finalmente, se acuerda remitir la documentación al Patronato, a los efectos de aplicar la fórmula de valoración prevista en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas (en adelante PCAPE), y la obtención de la puntuación total de las proposiciones admitidas.

CUARTO.- Con fecha 17 de octubre de 2014, a la vista del informe final de valoración, la Mesa acuerda remitir al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a SERUNIÓN, por ser la empresa que ha obtenido mayor puntuación.

El día 23 de octubre de 2014, mediante escrito dirigido al Servicio Administrativo de Cultura y Educación, la empresa ISS pone de manifiesto un error de trascripción en el acta de la Mesa de contratación celebrada el día 12 de septiembre de 2014, en relación con la mejora nº 2 ofertada, y solicita información sobre si la valoración de la misma ha sido correcta.

Revisada la valoración, se advierte un error en la de la propuesta de ISS y se procede, una vez subsanado, a la emisión de un nuevo Informe Técnico de valoración final.

Con fecha 5 de noviembre de 2014 vuelve a reunirse la Mesa de contratación, da cuenta del nuevo Informe de valoración final, y acuerda remitir al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a la empresa ISS.

El día 11 de diciembre de 2014, la Junta de Gobierno del Patronato, acordó la adjudicación del contrato a ISS, siendo remitida la notificación de dicho acuerdo el día 30 de diciembre de 2014.

QUINTO.- Con fecha 10 de diciembre de 2014, mediante escrito dirigido al Patronato, SERUNIÓN alegó la existencia de un error de valoración contenido en el Informe Técnico en relación con la mejora nº 1 «*Adecuación del servicio a las características de los usuarios*», y solicita la rectificación de dicho error.

El Patronato contestó al escrito mediante informe de 17 de diciembre de 2014 en el que, tras las consideraciones oportunas, entiende que los cero puntos asignados a dicha mejora son correctos y no constituyen error en la valoración técnica de los documentos evaluables mediante juicio de valor.

SEXTO.- El 19 de enero de 2015, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Antonio Llorens Tubau, en representación de SERUNION, interpone recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato denominado «Cocina y alimentación en su ciclo completo de las Escuelas Infantiles del Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza».

La recurrente anunció, el 16 de enero de 2015, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) En relación con la mejora nº 1 «*Adecuación del servicio a las características de los usuarios*» que se incluye en el Sobre nº 2, con una valoración hasta un máximo de 2 puntos, indican que su propuesta A, ofreciendo un teléfono de atención nutricional atendido diaria y directamente por profesionales de la nutrición, y permitiendo con carácter complementario plantear dichas cuestiones por escrito vía e-mail; y su propuesta C, ofertando papillas naturales de frutas de temporada para los usuarios entre 6 y 9 meses, deberían ser objeto de valoración, porque ambas redundan en la mejora del servicio y en su adecuación a las características de los usuarios.

b) En segundo lugar, señalan la incorrecta valoración de la oferta de ISS en la mejora nº 1, en cuanto a la aportación para cada Escuela de menaje específico adicional, lo que le valió, junto con otra mejora, la obtención de la puntuación máxima de dos

puntos. Según la recurrente, dicha mejora está siendo valorada en dos ocasiones, cuando debía haber sido valorada exclusivamente en el apartado referido a la mejora nº 4 «*Adquisición de medios materiales que complementen los existentes del Patronato*».

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso, anulando la adjudicación y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la valoración de la mejora nº 1 correspondiente a las empresas ISS y SERUNIÓN, y procediendo a una nueva valoración de las mismas.

Finalmente, recuerda la inmediata suspensión de la tramitación, al haber recurrido el acto de adjudicación.

SÉPTIMO.-El 20 de enero de 2015, el Tribunal solicita al Patronato, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles**,** del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 22 de enero de 2015 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

Con fecha 26 de enero de 2015, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

OCTAVO.- El 30 de enero de 2015, D. Josep Llovera Montserrat, en nombre y representación de ISS, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación.

Tras considerar que el objetivo de SERUNIÓN con la interposición del recurso es lograr una prolongación de la prestación de servicios, y

consiguiente facturación de los mismos, por ser la empresa que en la actualidad presta el servicio objeto de licitación, alega:

a) En relación con la mejora nº 1 «*Adecuación del servicio a las características de los usuarios*», que la Mesa de contratación actuó en absoluta coherencia con lo exigido en los pliegos, al no considerar las propuestas de SERUNIÓN una real y verdadera mejora del contrato.

b) En cuanto a la incorrecta valoración de las mejoras propuestas por ISS, señala que ésta aporta a su cargo y de forma independiente a las inversiones complementarias contenidas en la mejora nº 4 el menaje específico adicional para cada Escuela, exponiendo las diferencias existentes entre las mejoras nº 1 y nº 4.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de SERUNION para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 17 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de

marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Dos son los motivos que la recurrente alega, como fundamento del recurso. En primer lugar, y en relación con la mejora nº 1, relativa a la «*Adecuación del servicio a las características de los usuarios*» y que se incluye en el Sobre nº 2; su discrepancia con la valoración llevada a cabo en el informe técnico. Pues entiende, que su propuesta A, ofreciendo un teléfono de atención nutricional atendido diaria y directamente por profesionales de la nutrición, y permitiendo con carácter complementario plantear dichas cuestiones por escrito vía e-mail; y su propuesta C, ofertando papillas naturales de frutas de temporada para los usuarios entre 6 y 9 meses, deberían ser objeto de valoración, porque ambas redundan en la mejora del servicio y en su adecuación a las características de los usuarios.

En segundo lugar, argumenta la recurrente, la incorrecta valoración de la oferta de ISS en la mejora nº 1, en cuanto a la aportación para cada Escuela, de menaje específico adicional, lo que le valió, junto con otra mejora, la obtención de la puntuación máxima de dos puntos. Según la recurrente, dicha mejora está siendo valorada en dos ocasiones, cuando debía haber sido valorada exclusivamente en el apartado referido a la mejora nº 4 «*Adquisición de medios materiales que complementen los existentes del Patronato*».

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al Pliego de cláusulas administrativas particulares y al Pliego de Prescripciones Técnicas, que constituyen la ley

de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

En realidad el motivo fundamental del recurso es la diferencia de puntuación obtenida por SERUNION. Diferencia que la recurrente achaca e imputa a un error material, o a una valoración inadecuada de su oferta.

Es importante señalar que nadie ha cuestionado, ni cuestiona, ni los criterios de adjudicación, ni el peso que tiene cada uno en la adjudicación, ni el procedimiento de adjudicación en su tramitación. Únicamente se cuestiona la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor. Pues bien, la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en esta materia es abundante y reiterativa; y se resume en que los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio en base a meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad.

TERCERO.- En cuanto al primer motivo del recurso, la recurrente considera que la valoración supone una discriminación de su oferta, en relación con otras propuestas que han sido valoradas (a estos efectos detalla una serie de propuestas que sí lo han sido). Lo cierto es, sin embargo, que su oferta, en este apartado, ha sido valorada con «0», porque el informe técnico ha considerado que no suponía una mejora, y motiva y razona el porqué. Respecto de la mejora A, porque el teléfono de atención nutricional atendido diaria y directamente por profesionales de la nutrición, era una comunicación virtual (es decir, no

presencial); y respecto de la mejora C, porque la oferta de la recurrente proponía la sustitución en el menú del yogur, que era obligatorio según el PCAPE, por las papillas naturales de frutas de temporada para los usuarios entre 6 y 9 meses. Y según el informe técnico, la fruta tenía carácter complementario.

Es oportuno recordar, que la valoración de la oferta económicamente más ventajosa supone apreciar, dimensionar y evaluar, el contenido de la misma. No resulta en absoluto sencillo identificar esa oferta, pues ello requiere ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar. Hay que evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de subjetividad. Lo que significa que el intérprete de este concepto jurídico indeterminado, que es la *«oferta económicamente más ventajosa»,* dispone de un margen de apreciación —discrecionalidad— para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa. La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos.

Pues bien, el informe técnico de 17 de diciembre de 2014, que sirve de base a la Mesa de contratación para su propuesta de adjudicación, no otorga puntuación a aquellas propuestas de mejoras que no considera de utilidad, porque no añaden valor a la prestación del objeto del contrato. Es decir, existe un juicio de valor que no cabe confundir con una actuación arbitraria que genere discriminación.

El informe de valoración no es arbitrario, respeta los límites legales impuestos a los poderes públicos, pues está adecuada y suficientemente motivado; y no ocasiona indefensión. A juicio de este Tribunal Administrativo, se trata de un informe técnico que describe los motivos fundados que llevan a otorgar en cada criterio la puntuación a cada licitadora, tal y como explica el órgano de contratación en su informe al recurso, de fecha 22 de enero de 2015. De manera que entra en el marco de la discrecionalidad técnica, tal y como viene apreciándola este Tribunal en sus acuerdos, entre ellos en el 46/2012, 74/2014 y 13/2015.

Y resulta oportuno recordar, que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

En este sentido se manifiesta la Resolución 343/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que este Tribunal comparte:

> «*En cuanto a la impugnación de las valoraciones o apreciaciones técnicas de las ofertas formuladas por los licitadores este Tribunal tiene una consolidada doctrina sobre los límites del enjuiciamiento del mismo. Como corolario de esta doctrina podemos citar el fundamento noveno de la Resolución nº 232/2014, de 21 de marzo, la cual sostiene lo siguiente "En orden a analizar este último motivo de impugnación, debemos comenzar señalando que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la mesa de contratación constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración,*

debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor.

Este Tribunal, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha tenido ocasión en numerosas Resoluciones de pronunciarse acerca de esta cuestión, sosteniendo que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos"».

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 pueda 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 de procedimiento; o que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, las

valoraciones de las propuestas se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente (Acuerdo 23/2012).

Así pues, la Mesa de contratación, que es quien, en última instancia asume como propio el informe técnico de valoración, actuó correctamente y por lo tanto no procede estimar el recurso por este motivo.

CUARTO.- En segundo lugar, la recurrente mantiene la incorrecta valoración de la oferta de ISS en la mejora nº 1, en cuanto a la aportación para cada Escuela, de menaje específico adicional, lo que le valió, junto con otra mejora, la obtención de la puntuación máxima de dos puntos. Según la recurrente, dicha mejora está siendo valorada en dos ocasiones, cuando debía haber sido valorada exclusivamente en el apartado referido a la mejora nº 4 «*Adquisición de medios materiales que complementen los existentes del Patronato*».

Pues bien, pese a cuanto manifiesta la recurrente, lo cierto es, tal y como se desprende del informe técnico de valoración y se aclara en el informe al recurso de 22 de enero de 2015, la mejora nº 4 se configura en el PCAE en términos monetarios, evaluándose con la mayor puntuación la empresa que oferta el mayor importe sobre un mínimo de 10 000 euros/año. Y eso es lo que hace ISS, y por ello obtiene la máxima puntuación, cantidad, que como la propia empresa se encarga de precisar, aportará a su cargo y de forma independiente a las inversiones complementarias contenidas en el Sobre nº 3.

No existe, en consecuencia, duplicidad alguna en la valoración, pues como se indica en los informes, la configuración de la mejora nº 4 en el

PCAPE, no se realizó por el Patronato especificando los materiales que los licitadores debían ofertar o adquirir, sino mediante un importe económico por cada año de duración del contrato, con el fin de que el organismo autónomo, en función de las distintas necesidades de cada una de las doce Escuelas, pudiera determinar, en cada situación concreta, aquellas adquisiciones que fueses precisas para completar el equipamiento. Dado que, como se desprende del análisis del inventario de materiales de cada centro, este no es homogéneo en todas las Escuelas.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por D. Antonio Llorens Tubau, en representación de SERUNION, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Cocina y alimentación en su ciclo completo de las Escuelas Infantiles del Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza», promovido por el Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas de Zaragoza.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.