RE 059/2012

Acuerdo 46/2012, de 24 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por COMER BIEN, S.L. contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Catering para los alumnos de los Centros Municipales de Educación Infantil "La Cometa" y "La Estrella" del Ayuntamiento de Utebo», promovido por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (en adelante BOPZ) nº 184, de 11 de agosto de 2012, se publicó anuncio de licitación para la adjudicación del contrato denominado «Catering para los alumnos de los Centros Municipales de Educación Infantil "La Cometa" y "La Estrella" del Ayuntamiento de Utebo», promovido por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza), contrato de servicios comprendido en 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), por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, siendo el valor estimado de 607 744,80 euros.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos, COLECTIVIDADES Y RESTAURANTES DE ARAGÓN Y LA RIOJA, S.L. (en adelante CORES) —que resultaría adjudicataria— y la recurrente. La Mesa de contratación, en sesión

celebrada el día 28 de agosto de 2012, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en uno de ellos, para lo cual le requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión pública, celebrada el 29 de agosto de 2012, se procedió a la comprobación de la subsanación de las deficiencias y a la apertura del Sobre nº 2, que contenía la documentación denominada «*Proyecto de menús*» que debía ser objeto de evaluación previa, de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), verificando que todos los licitadores habían presentado la documentación requerida, y trasladando la misma a las Directoras de los Centros Municipales de Educación Infantil y a la Técnico de Cultura (en adelante equipo de valoración), para su valoración y emisión del correspondiente informe técnico. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

Elaborado el informe técnico con fecha 29 de agosto de 2012, con esta misma fecha se reúne nuevamente la Mesa de contratación para el estudio del mismo y para hacer suya la valoración realizada, en la que se otorga a los dos licitadores afectados por el presente recurso la siguiente valoración, en cuanto a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa:

- COMER BIEN, S.L. Proyecto de menús: 6,5 puntos.
- CORES Proyecto de menús: 7,5 puntos.

CUARTO.- La Mesa de contratación vuelve a reunirse en sesión pública el 30 de agosto, para dar a conocer el resultado de la valoración de los criterios objeto de evaluación previa.

Seguidamente, se procedió a la apertura de los Sobres nº 3, en los que se incluía la oferta económica y las mejoras propuestas, tras lo cual la Mesa, en sesión no pública, procedió a asignar la puntuación por estos criterios, a clasificar las ofertas y a proponer la adjudicación del contrato a CORES, al haber obtenido la mayor puntuación en la valoración global de criterios (21,35 puntos frente a los 21,31 obtenidos por la recurrente).

QUINTO.- Por Decreto del Alcalde de Utebo de 4 de septiembre de 2012, se formuló propuesta de adjudicación del contrato en los términos propuestos por la Mesa de contratación, y se requirió la presentación de la documentación precisa para la adjudicación del mismo. Dicho Decreto fue notificado a los licitadores por correo certificado remitido el 7 de septiembre de 2012.

Tras la recepción de la documentación requerida a CORES, por Decreto del Alcalde de Utebo de 20 de septiembre de 2012 se procedió a adjudicar el contrato. Dicho Decreto fue notificado a los licitadores por correo certificado remitido el 21 de septiembre de 2012, informándoles de la posibilidad de interponer contra el mismo recurso especial en materia de contratación, en el plazo de 15 días hábiles contados desde el siguiente a la remisión.

SEXTO.- Mediante escrito de 25 de septiembre de 2012, el representante de COMER BIEN, S.L. presentó —al amparo del artículo 40.3 TRLCSP— escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifiesta que en la valoración trasladada se han tenido en cuenta los contenidos de los

menús, pero no la planificación de los mismos. En concreto, los ofertados por su empresa se basan en las indicaciones marcadas por el denominado «*Documento de consenso sobre la alimentación en los Centros Educativos*», siguiendo sus indicaciones y pautas para la correcta alimentación de los usuarios de los centros infantiles. Consideran, además, que la valoración realizada por la Mesa de contratación de su propuesta no fue la adecuada, detallando toda una serie de aspectos en los que a su entender debería habérseles asignado una mayor puntuación, y las razones de la misma.

En respuesta a dichas alegaciones, por Decreto de la Alcaldía de 9 de octubre de 2012, y a la vista del informe de la Técnico de Administración General de 4 de octubre que se incorpora en el expediente, se inadmitieron las alegaciones por falta de cauce procesal al efecto, por considerar que del contenido del escrito no podía deducirse el carácter de cualquiera de los recursos procedentes.

SÉPTIMO.- El 8 de octubre de 2012 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Jesús Sariñena Costa, en representación de COMER BIEN, S.L, contra el Decreto del Alcalde de Utebo de 20 de septiembre de 2012, notificado el 27 de septiembre de 2012, por la que se adjudica el contrato «Catering para los alumnos de los Centros Municipales de Educación Infantil "La Cometa" y "La Estrella" del Ayuntamiento de Utebo» a CORES.

El recurso plantea, y fundamenta, la necesidad de proceder a una nueva valoración de la oferta de COMER BIEN, S.L, por idénticos motivos a los recogidos en el escrito de alegaciones y que se analizarán individualizadamente en la fundamentación jurídica del presente

Acuerdo. A la vista de lo expuesto, solicita se acuerde la retroacción de las actuaciones para proceder a una nueva valoración de su propuesta declarándosele, en consecuencia, adjudicataria del contrato.

El licitador recurrente, anunció el mismo 8 de octubre de 2012, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

El Tribunal solicita al órgano de contratación el 9 de octubre de 2012 la remisión del expediente completo y del informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tiene entrada en el Tribunal el día 11 de octubre de 2012.

A fin de evacuar el trámite de alegaciones, el Tribunal notificó el 15 de octubre de 2012, la interposición del recurso a los otros licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46. 3 TRLCSP. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa COMER BIEN, S.L, 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 comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 200 000 €. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en el recurso admitido se refiere a la valoración de la propuesta de COMER BIEN, S.L. contenida en el informe técnico del equipo de valoración, y hecha suya por la Mesa de contratación, en relación con los criterios de valoración previstos en el PCAP.

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, a los Pliegos jurídico y técnico que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Por ello, antes de entrar en el análisis de las concretas cuestiones de fondo planteadas, es necesario recordar que las previsiones de los Pliegos, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas, en los términos señalados en el artículo 145.1 TRLCSP, pues no consta en ningún caso, que la recurrente impugnara en tiempo y forma los Pliegos —ni cuestionara la forma de ponderación de los criterios—, a los que por tanto ha quedado plenamente vinculada, sin que sea posible en este momento fundamentar sus pretensiones alegando la irregularidad de alguna de sus cláusulas, salvo que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, este Tribunal, con carácter previo, quiere recordar que en relación con los criterios evaluables en función de juicios de valor, resulta de plena aplicación la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, y por ello su función 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 valora la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y a los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales advirtiendo que cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resolución 176/2011, de 29 de junio, entre otras).

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, la valoración de las propuestas se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

TERCERO.- Para analizar las cuestiones debatidas, es necesario reproducir el contenido del PCAP respecto del criterio de valoración en relación con el que se plantea el recurso. Según establece el PCAP, el criterio «*Proyecto de menús*» se valorará de la siguiente forma:

«Se valorarán de forma discrecional por la Mesa, atendiendo a la idoneidad, variedad y calidad de los menús, variedad y calidad de las materias primas (diversidad de carnes, pescados, frutas etc.), idoneidad de los menús para la edad de los usuarios, como la predominancia de alimentos hervidos, a la plancha, en salsa etc. sobre los fritos con rebozados industriales.

Para poder valorar este apartado se incluirán tres menús mensuales completos (entero/triturado/adulto) para un trimestre, con detalle de las propiedades nutricionales, aporte calórico, y cualquier otro atributo de los mismos que considere el licitador».

El PCAP contiene así un único criterio de valoración mediante juicio de valor: «*Proyecto de menús*», estableciendo a su vez cuatro subcriterios para valorarlo, —idoneidad, variedad y calidad de los menús; variedad y calidad de las materias primas (diversidad de carnes, pescados, frutas etc.); idoneidad de los menús para la edad de los usuarios; y predominancia de alimentos hervidos, a la plancha, en salsa etc. sobre los fritos con rebozados industriales— sin que a los mismos se les asigne puntuación concreta.

Por su parte, el equipo de valoración, en su informe, detalla qué aspectos se van a tener en cuenta para valorar el criterio, señalando que se valorará:

1. *Variedad y frecuencia de verduras y ensaladas en los menús propuestos.*
2. *Variedad y frecuencia de pescados.*
3. *Variedad de postres: en el caso de frutas, se valorará la variedad de las mismas. Con carácter general se valorará que haya alternancia entre postres lácteos variados y fruta variada.*
4. *Presencia de legumbres en los menús, considerando idónea la presencia de legumbres una vez por semana.*
5. *Cantidad de alimentos fritos y rebozados, considerando mas adecuados aquellos menús con menor número de fritos y rebozados y que, por tanto, proponga alimentos hervidos, a la plancha, en salsa y similares.*

Otorgando a cada uno de estos aspectos una puntuación máxima de 2 puntos y 0 puntos en el caso de advertir un desvió absoluto de lo aconsejable en algún criterio, primando la valoración de los menús infantiles frente a los de adultos, al ser estos últimos minoritarios en el servicio.

Aunque esta cuestión no haya sido objeto del recurso, resulta evidente que los epígrafes de los aspectos valorados no se corresponden literalmente con los expresados en el PCAP, por lo que para determinar si la valoración se ha atenido a las exigencias del mismo, o no, debe

analizarse si tales subcriterios están o no subsumidos en el contenido del criterio general y resulta razonable su aplicación.

A este respecto resulta adecuado traer a colación lo indicado en el Pliego de Prescripciones Técnicas que regirá la ejecución del contrato (en adelante PPT), cuando en su cláusula 5.- *«Menús»,* entre otras previsiones, establece:

«Los menús serán de dos tipos: enteros y triturados, cuyas diferencias se especifican en los siguientes artículos:

QUINTO: El menú triturado se compondrá de purés de verduras, legumbres acompañados de diferentes carnes y pescados cada día de la semana (pollo, ternera, distintos pescados, etc.) y un postre lácteo o triturado de frutas frescas.

SEXTO: El menú entero (no triturado) de compondrá de:

-Un primer plato a base de pastas, arroces, verduras, legumbres, patatas guisadas, sopas, purés, etc.

-Un segundo plato consistente en carnes, aves, pescados, huevos etc.

-Un postre variado a base de fruta natural, almíbar, helado, flan, yogures, natillas etc.

-Pan».

Estas exigencias se concretan después, a efectos de valoración, en el criterio *«Proyecto de Menús»* y sus cuatro subcriterios, de tal manera que, a juicio de este Tribunal, establecidos los criterios y subcriterios de valoración en el PCAP en los términos exigidos por el artículo 150 del TRLCSP, lo que en realidad se ha producido es una manifestación o motivación de los elementos de valoración que, de acuerdo con el equipo de valoración, van a tenerse en cuenta para apreciar el grado de presencia del criterio establecido en cada una de las ofertas. En tal sentido, el detalle y valoración de los subcriterios fijados no puede

considerarse contradictorio con la formulación genérica que del criterio de valoración hace el PCAP.

CUARTO.- Son varios los aspectos en los que la recurrente discrepa de la valoración realizada. En concreto, el recurso cuestiona la no valoración de la planificación de los menús y del proyecto *«Hacia un Comedor Sostenible»*, y la incorrecta valoración de su propuesta en cuanto a postres ofertados, variedad y frecuencia de frutas y verduras y presencia de legumbres.

Alega COMER BIEN, S.L. en su recurso que la valoración ha tenido en cuenta los contenidos de los menús, pero no su planificación, que ella realizó en base a un documento denominado «*Documento de consenso sobre la alimentación en los Centros Educativos*», que recoge, según indica, las recomendaciones de diversas organizaciones internacionales, de otros países, de la Unión Europea y otros, documento elaborado por el Consejo Interterritoral del Sistema Nacional de Salud, con la participación de diversos organismos nacionales y asociaciones del ramo.

Frente a esta alegación, argumenta por una parte el Ayuntamiento de Utebo que este documento no se especificó como tal en el PCAP, siendo por tanto la Mesa la que discrecionalmente y atendiendo en todo caso a lo establecido en los Pliegos, valora las propuestas justificando su puntuación y, por otra, que el contenido de este documento está en todo caso orientado claramente al segundo ciclo de Educación Infantil y Primaria, dado que todas la referencias de edad que contiene son a partir de 3 años, y el objeto de licitación es el primer ciclo de Educación Infantil.

Muestra también su disconformidad la recurrente con el hecho de que no se haya tenido en cuenta por la Mesa su proyecto *«Hacia un Comedor Sostenible»*, incluido como parte del Sobre nº 2. El citado proyecto, a su juicio, resalta el aspecto de alimentación saludable con productos de proximidad, de temporada y ecológicos como un valor añadido de gran importancia que debería haberse tenido en cuenta.

En contra de esta argumentación, el Ayuntamiento de Utebo sostiene que el mencionado Proyecto como tal no puede ser valorado y puntuado, aunque su contenido ha quedado integrado en el proyecto total repercutiendo en la calidad y variedad y, por lo tanto, valorándose en este apartado. Entienden además que por parte de COMER BIEN, S.L. no se hizo afirmación concreta de que todos o algunos de los productos a aportar fueran a ser ecológicos, lo que hubiera podido suponer la asignación de puntuación en el criterio *«Mejoras»*, entre las que se incluye *«Elaboración del menú de un día a la semana durante todo el curso principalmente (al menos en un 80% de su composición) con productos de agricultura ecológica: 2 puntos»*.

Sobre la valoración correspondiente a la oferta de postres, COMER BIEN, S.L. manifiesta su disconformidad, pues entiende que su oferta de 4 veces fruta por semana y 1 vez yogur, siguiendo las recomendaciones del precitado «*Documento de consenso…*» debió ser valorada mejor que otra propuesta en la que se incrementa la frecuencia de lácteos como flan o natillas, por su alto contenido en azucares.

Por su parte, el Ayuntamiento de Utebo informa que la propia empresa se contradice, ya que por una parte considera la alternancia fruta lácteo con una relación 4/1 como idónea, y por otra en el menú triturado ofrecen una alternancia 3/2. Entienden también que la

alternancia ofertada por la recurrente (4/1) no se consideró como la mas idónea teniendo en cuenta que los usuarios del servicio son niños de 1 a 3 años, donde la fruta es entera, de forma que la cantidad de fruta que puede tomar un niño, que no posee la dentición completa, es reducida. Por el contrario puede tomar sin problemas yogur/lácteo. Que el yogur sea el lácteo óptimo no implica que siempre haya de tomarse yogur, y no significa que los niños no deban probar otros lácteos alternativos, lográndose de esta forma un equilibrio entre la frecuencia óptima del yogur y la diversidad.

En cuanto al tipo de fruta ofertado, COMER BIEN, S.L. entiende que no indicó el tipo de fruta porque siempre se trata de fruta fresca de temporada que varía a lo largo del curso escolar, por lo que no es posible concretar con exactitud la misma. El Ayuntamiento de Utebo manifiesta en su informe que la mención de que la fruta sea fresca y de temporada no se contiene en la propuesta de la recurrente, por lo que en base a la misma podría suministrar fruta enlatada, la misma fruta durante un plazo ilimitado, o alternar solo entre dos tipos. Además, al no especificar las frutas, no puede valorarse si son adecuadas o no a la edades de los usuarios, por ejemplo las uvas son frescas y de temporada pero en absoluto recomendables para los mismos.

Respecto a las verduras, sostiene COMER BIEN, S.L. que no especificó la tipología de verduras a incluir en el puré por la misma razón: al tratarse de verdura de temporada varía a lo largo del curso y se utiliza en función de la afluencia en el mercado. Por su parte, el Ayuntamiento de Utebo reitera en este punto que verduras como la espinaca o la col, por su composición no son adecuadas, aun siendo frescas y de temporada, y que la aportación sobre la fuente de proteína de cada triturado en

nada afecta a la falta de información acerca de las verduras, tipología y variedad.

Por último, en cuanto a la presencia de legumbres, la recurrente sostiene que la Mesa indicó que en su propuesta no hay presencia de legumbres, cuando lo cierto es que forman parte del menú tipo que se plantea, en dos ocasiones, en la oferta presentada. En contra de esta afirmación, el Ayuntamiento de Utebo argumenta que tal y como se valoró, la frecuencia y variedad es adecuada en los menús infantiles, pero en el menú de adultos no existe un plato de legumbre como tal, y las dos ocasiones en que se cita en los tres meses, es como ensalada de legumbre con salmón y espárragos, sin ni siquiera precisar el tipo de legumbre.

QUINTO.- A la vista de las alegaciones de las partes y de los criterios que el Tribunal ha sentado en el fundamento jurídico SEGUNDO sobre la función que debe desarrollar, es necesario señalar que queda suficientemente acreditado que en el procedimiento se han seguido los trámites procedimentales exigidos por la normativa aplicable y en especial, por relevante, los que se refieren a la valoración previa y diferenciada del criterio sujeto a juicio de valor respecto de los de valoración automática, tal y como prescribe el artículo 150.2 TRLCSP y, asimismo, que de esa valoración se dio publicidad en el acto público de apertura de ofertas económicas (Sobre nº 3), tal y como exige el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por lo tanto la valoración de las ofertas se ha realizado con todas las garantías procedimentales, sin que la valoración de las ofertas en

cuanto al criterio sujeto a juicio de valor haya podido ser contaminada por el conocimiento de la parte sujeta a valoración automática, y los licitadores así lo pudieron comprobar en el acto de apertura de las ofertas económicas.

Por otro lado, del examen del expediente se desprende que la motivación de la valoración que sirve como base a la adjudicación ha sido suficiente, pues hay que recordar que el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer recurso debidamente fundado, lo que evidentemente se ha cumplido en este caso pues la información que el órgano de contratación traslada a COMER BIEN, S.L. le ha permitido presentar el presente recurso en el que se cuestiona de forma detallada y minuciosa la valoración realizada.

En cuanto a los aspectos concretos de la valoración que han sido recurridos, es necesario hacer constar que el informe que aporta el órgano de contratación, realizado por la Técnico de Administración General del Ayuntamiento, sobre la base tanto del informe de valoración inicial del equipo de valoración como del complementario emitido a la vista del recurso por las Directoras de los Centros, es exhaustivo y detallado y permite concluir que en la valoración realizada no se aprecia ni error material ni arbitrariedad, en cuanto que se ha dado un trato igualitario a ofertas similares. Admitir los argumentos de la recurrente sería tanto como acceder, sin fundamento alguno, a la sustitución del criterio del equipo de valoración por el particular de la recurrente, cuando a aquel, además de conocimientos técnicos sobre la materia, se le presume imparcialidad a la hora de aplicarlos, por lo que procede desestimar todos los motivos del 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, y en la Disposición Final Tercera, 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, presentado por D. Jesús Sariñena Costa, en representación de COMER BIEN, S.L., frente a la adjudicación del contrato denominado «Catering para los alumnos de los Centros Municipales de Educación Infantil "La Cometa" y "La Estrella" del Ayuntamiento de Utebo», promovido por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.-Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el 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.