

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

En Madrid, a 8 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Restaurantes y Colectividades S.A., contra el acuerdo de directora del CEIP Julián Marías de Madrid, de 5 de junio de 2024 por el que se adjudica el contrato basado servicio de comedor escolar para el curso 2024/25 del “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.

El valor estimado del contrato basado asciende a 548.625 euros.

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

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.

Con fecha 2 de abril de 2024, la recurrente fue invitada, junto al resto de adjudicatarios del lote 39, a presentar oferta para dicho lote.

Con fecha 25 de abril de 2024 se procedió a la apertura del SOBRE N° 1 presentado por las empresas participantes.

Una vez revisada la documentación presentada por cada una de las empresas participantes, se procedió a valorar las ofertas conforme a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

Con fecha 9 de mayo de 2024 se procedió a la apertura del SOBRE N° 2 de todas las empresas participantes. Una vez revisada la documentación presentada por cada una de las empresas participantes se procede a la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

Sumadas las puntuaciones obtenidas, la mejor oferta es la presentada por ALIM. Y REST. CENTROS ENSEÑANZA ARCE, con 36 puntos, que sumados a los 61,50 de la fase 1, obtuvo un total de 97,50 puntos.

Mediante acuerdo de directora del CEIP Julián Marías de Madrid, de 5 de junio de 2024 se adjudica el contrato basado servicio de comedor escolar para el curso 2024/25 a la citada empresa.

Tercero. - El 19 de junio de 2024, 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 de julio de 2024, tras un segundo requerimiento realizado el 10 de julio de 2024, 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 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 haya recibido alegación alguna en el plazo concedido.

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 adjudicataria del acuerdo marco, participante en la licitación del contrato basado, *“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 junio de 2024, presentándose el recurso el día 19 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 contrato basado de acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - El recurso se fundamenta en que el proceso de renovación abierto para el próximo curso escolar 2024/2025, instado por la nueva directora no ha sido transparente y no se ajusta a la normativa vigente. En concreto considera vulnerada la cláusula 39 donde se regula el procedimiento de adjudicación del contrato basado, según los PCAP.

Señala que en la fase 2 de este procedimiento el CEIP debe valorar el sobre 1 y 2 pudiendo otorgar un máximo de 36 puntos para seleccionar a la empresa adjudicataria. El criterio se basa en la existencia de contenidos específicos y detallados en la documentación. A su juicio, la valoración en el sobre 1 no hace justicia al trabajo realizado, con una puntuación de 21.25 puntos. En el sobre 2, se les concedió 8 puntos (el máximo previsto), teniendo un total entre el sobre 1 y 2 de 29,25 puntos.

En el apartado 1, Propuesta de un plan de coordinación del personal de la empresa con la dirección del centro, obtuvieron 2,25 puntos sobre 3, desconociendo las razones para dicha valoración.

En el apartado 2, Propuestas de actividades en los periodos anterior y posterior a la comida y aportación de material de apoyo necesario para su desarrollo, han recibido una valoración de 15 puntos sobre 20 puntos asignados. Señala *“Nuevamente carecemos de claridad sobre los criterios utilizados, nos gustaría entender la puntuación y solicitamos revisión pues no se nos ha detallado nada de forma específica para hacer las mejoras correspondientes a nuestra propuesta de actividades que hemos desarrollado con el contenido específico y detallado según se indica en cada apartado del acuerdo marco”*.

En el apartado 3, Mejora en la prestación del servicio, obtuvieron 4 puntos sobre 5 puntos, a pesar de cumplir con los requisitos especificados en los pliegos.

A continuación, relata una serie de circunstancias por la que considera que el procedimiento ha sido irregular y poco transparente.

Entre ellas, señala que *“El 29 de abril de 2024, nos citó la directora en su despacho, en presencia de C. A., secretaria, y nos comunicó que no habría renovación y los motivos de cambio de empresa, que básicamente atienden a mejoras económicas para el centro que desconocemos, y que llevamos muchos años prestando el servicio. En este encuentro se hizo alusión a que esperan dotaciones económicas que nos han pedido y tendríamos que darlas como hacen en otros colegios otras empresas. Hasta donde sabemos, cumplimos con la exigencia de los pliegos y aportamos mejoras para nuestros comensales y el colegio”*.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la recurrente, anterior adjudicataria, no se ha adaptado a las nuevas necesidades y tecnologías. Dejaron de dar boletines semanales para dar esa información por la APP de la empresa. La APP no funcionaba ni funciona correctamente y las familias no podían acceder a esa información.

Los conflictos de comedor entre el alumnado han sido abundantes. No se

realizaban ningún tipo de actividades para el alumnado y desde el Equipo Directivo tuvimos que proponer actividades o dinámicas para intentar solventar los incidentes en comedor.

No cumplen los ratios exigidos por la Comunidad de Madrid. El equipo directivo actual anteriormente eran profesores del centro. Allí observaron y avisaron al equipo directivo anterior de que la ratio no se estaba cumpliendo. En los niveles superiores (donde más conflictos suele haber) había una monitora para casi 70 niños. No se les ha informado de las bajas laborales de diferentes empleadas, quedando sin cubrir sus puestos. Se han recibido reclamaciones de las familias.

El proceso de renovación no ha sido instado por la directora y ha sido transparente y se ajusta a la normativa vigente. Añade *“Yo no he instado ningún proceso debido a que el día 22 de marzo de 2024 convoqué a la comisión de comedor perteneciente al Consejo Escolar para informar sobre el proceso de procedimiento para la adjudicación del contrato basado. Desde el sector profesores como el sector padres mostraron su aprobación para iniciar dicho proceso al igual que lo hicieron todos los consejeros en los dos consejos escolares extraordinarios que convocamos”*.

Respecto a que las comunicaciones no las recibieron a través de las notificaciones electrónicas de la Comunidad de Madrid, alega que avisó a la administración de esta incidencia e intentó solventarla lo antes posible con Madrid Digital a través del portal FARO y para el final del proceso había podido solventarla. Certificó que a todas las empresas les llegara la información y así queda demostrado con la recepción de todos los sobres 1 y 2 de las empresas.

Respecto a la alegación de la recurrente sobre que la valoración en el sobre 1 no hace justicia al trabajo realizado, señala que no valoramos su trabajo realizado sino únicamente la información que aparece en el sobre 1, la cual ciertamente no se ajusta para nada a la realidad.

Las razones que se les da para el cambio de empresa no son fines económicos. Tuvimos una reunión con ellas para avisarlas de que íbamos a iniciar el proceso y así intentar mantener una relación correcta y educada con la empresa saliente para no perjudicar el buen clima del centro. Los motivos fueron que deseábamos conocer otras empresas ya que toda la Comunidad Educativa estaba observando deficiencias en su servicio.

La nueva empresa tuvo una reunión con las empleadas del centro. La empresa saliente comunicó a sus trabajadoras el cambio de empresa. Les dio información falsa y negativa de la nueva empresa. La reunión se realizó de manera voluntaria para aclarar dudas y tranquilizarlas. Dos personas están de baja por estrés y ansiedad debido a las malas maneras que reciben por parte de la empresa reclamante. Que dichas empleadas están bajo tratamiento médico y que esto ha perjudicado mucho el funcionamiento del centro.

Termina su alegato manifestando *“La empresa saliente no ha acudido ni avisado a las reuniones establecidas a principio de curso con el equipo directivo. Así es difícil mantener una estrecha comunicación.”*

Hemos reflexionado mucho sobre el cambio de empresa y se han detectado muchos motivos para realizarlo. Seguir con la empresa saliente sería contraproducente e incluso preocupante. Queremos en nuestro centro una convivencia positiva y con la empresa saliente hemos observado que es imposible. Incluso el alumnado de nuestro centro ha sido testigo de cómo son tratadas las monitoras de comedor recibiendo un trato inhumano por parte de M. J. P. G.”

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la puntuación otorgada en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor fue ajustada a Derecho.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, en la

calificación de los criterios sujetos a juicio de valor, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como se ha reiterado abundantemente, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. 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 procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en*

aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

Procede analizar, en el caso que nos ocupa, si la valoración tiene la presunción de imparcialidad exigida por la jurisprudencia.

Vistas las alegaciones de la recurrente y del propio órgano de contratación la respuesta ha de ser negativa.

En efecto, el propio órgano de contratación en su informe pone de manifiesto su intención de proceder a un cambio de adjudicatario antes de iniciarse el procedimiento de adjudicación.

Este Tribunal no pone en duda ni cuestiona los posibles incumplimientos e irregularidades en la prestación del servicio por el actual adjudicatario, al no ser objeto del presente recurso. Pero en ese caso, debió tomar las medidas previstas en los pliegos para revertir esa situación.

En este caso, la dirección del centro educativo, aun pretendiendo dar el mejor servicio posible, determinó la conveniencia de no adjudicar el contrato al actual prestatario con carácter previo al inicio del procedimiento de licitación, por lo que la valoración realizada por dicha dirección deja de gozar la presunción de imparcialidad exigida en toda valoración técnica en aras al cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública. Cosa distinta hubiera sido si dicha valoración se hubiera realizado no por la propia dirección del centro sino por técnicos independiente ajenos

a la misma.

Por todo lo anterior, procede la anulación de la adjudicación del contrato, debiendo, si sus subsiste la necesidad, realizar un nuevo procedimiento de licitación.

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 Restaurantes y Colectividades S.A., contra el acuerdo de directora del CEIP Julián Marías de Madrid, de 5 de junio de 2024 por el que se adjudica el contrato basado servicio de comedor escolar para el curso 2024/25 del “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. - 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.