



Recurso nº 504/2016

Resolución nº 546/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 8 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. J. V. A., en nombre y representación de la empresa CLECE, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas reguladores del contrato de "*Servicio de elaboración y reparto de comida en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta para un período de 12 meses*", licitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social resolvió abrir la licitación del contrato del "*Servicio de elaboración y reparto de comida en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta para un período de 12 meses*". (Expediente 70000033/2016).

El valor estimado del contrato se cifra en 3.246.596,33€, IVA excluido. El presupuesto base de licitación es de 1.468.026,16€, 1.411.563,62€ con impuestos.

El contrato fue anunciado en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el día 31 de mayo de 2016, y en el perfil del contratante el 26 de mayo de 2016.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Publicados los anuncios de licitación en los términos descritos, se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación por la mercantil CLECE, S.A., frente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas reguladores del contrato.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, siendo recibido acompañado del correspondiente informe.

Quinto. La Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, en fecha 23 de junio de 2016, ha resuelto conceder la medida provisional consistente en la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) al ser la Junta de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social un órgano integrado en la Administración General del Estado.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, incluido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, por lo que es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de una entidad potencial licitadora cuyos derechos o intereses

legítimos pueden verse afectados por la aplicación de los pliegos reguladores del contrato.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo de su recurso, el recurrente impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), por tres motivos:

- No considera ajustada el establecimiento de la mejora contenida en el anexo IV del PCAP, atinente a la valoración con tres puntos de la acreditación de un sello de calidad.
- No considera ajustada a derecho la redacción de la mejora contenida en el anexo IV del PCAP, en virtud de la cual se otorga un punto a las ofertas que propongan distribuidores de bebida.
- Por último, considera que la forma en que se ha redactado el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) en lo relativo a la oferta económica por tramos de menús, no es ajustada a derecho.

Pues bien, visto el planteamiento general del recurso, pasamos a estudiar cada una de las alegaciones de la mercantil recurrente.

Sexto. En primer lugar, siguiendo el orden del recurso, hemos de examinar la conformidad a derecho de la puntuación como mejora del certificado de calidad. En concreto, es el Anexo IV del PCAP, el que establece lo siguiente:

“Otras mejoras. Certificado EFQM de calidad (European Foundation for Quality Management). 3 Puntos.”

Bien, a juicio del recurrente, otorgar 3 puntos como mejora a los licitadores que ofrezcan este certificado es discriminatorio, a la par que innecesario. Según su criterio, dicho certificado no tiene tal naturaleza, pues se trata más bien de un sello de calidad, y

además, por sus características nada añade al certificado ISO 9001, que exige como preceptivo el propio pliego. Por estas razones, introduce un efecto discriminatorio, salvo para una de las mercantiles aspirantes a la adjudicación del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se pronuncia en los siguientes términos: *“El hecho de que una licitante no tenga implantado un modelo EFQM en su organización ni le impide presentarse al procedimiento, ni le supone una exclusión al no ser una exigencia, ni siquiera le impide resultar adjudicataria, por la configuración de los criterios en los términos descritos anteriormente, pero el hecho de que una licitante haya implantado en su organización un modelo EFQM debía ser valorado positivamente por el valor añadido que le puede aportar a la Administración en caso de resultar adjudicataria.*

El órgano de contratación entiende que la valoración de la implantación en una organización del modelo EFQM está relacionado con la prestación no sólo del servicio de restauración objeto del contrato sino con la prestación de cualquier servicio, incluso en cualquier proceso de fabricación o construcción, tanto en el ámbito privado como público al tratarse de un modelo de eficiencia en la gestión en todos los ámbitos de una organización. Siendo el objetivo de la contratación pública, tal como establece el artículo 1 del TRLCSP, la eficiencia de la gestión de los fondos públicos, unido a las especiales necesidades ya manifestadas para una correcta gestión y prestación de este servicio, no se considera que valorar este plus de calidad sea inadecuado o desproporcionado. Tampoco se considera discriminatorio puesto que, como cualquier criterio valorable que se incluya en un PCAP, está sujeto a la libre aportación por la licitante que presenta la oferta y no es excluyente, no conculcándose ningún derecho a participar.”

Visto el planteamiento de la cuestión, hemos de entrar en el fondo de la misma. Para comenzar, este Tribunal ha definido las mejoras como: *“un plus sobre los requisitos fijados en el pliego y una ventaja para la Administración que puede obtener sin un sobrecoste”* (Resolución 390/2014, de 19 de mayo).

Por tanto, si consideramos que las mejoras constituyen un beneficio adicional en la prestación del servicio, sin un coste añadido para la Administración, difícilmente podemos considerar que la aportación de un certificado de calidad pueda ser entendida como una

mejora, pues nada añade a la ejecución del contrato, en nada lo mejora. No cabe duda de que otorga un valor añadido en la aptitud del licitador, pero ese plus no parece razonable que sea valorado en la puntuación de su oferta.

La exigencia de certificados adicionales de calidad diferentes de los criterios de clasificación ha sido admitida por este Tribunal. Sin embargo, tal exigencia ha de estar vinculada necesariamente a la justificación de la capacidad o aptitud de la empresa. Sin embargo, no puede ser un criterio de valoración de las ofertas. Podemos traer aquí nuestra Resolución 924/2015, de 9 de octubre de 2015, en la cual dijimos:

“Dejando al margen la cuestión de oscuridad para centrarnos en el motivo siguiente referente a la misma cláusula, la doble exigencia clasificación y certificado de calidad no es contraria al principio de concurrencia exigido en el artículo 1 del TRLCSP sino que desde una perspectiva al menos teórica es perfectamente admisible en los contratos sujetos a regulación armonizada al amparo del artículo 80 del TRLCSP.

En este sentido hay que traer a colación la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 261/2015 en la que recopila y sintetiza la doctrina de este Tribunal al establecer lo siguiente: “Lo primero que debe analizarse para solventar la cuestión aquí planteada es la posibilidad de que el PCAP exija la presentación de los certificados de calidad como un requisito adicional a la solvencia técnica acreditada esta última mediante la correspondiente clasificación.

Pues bien, en cuanto a la procedencia de exigir la acreditación del cumplimiento de normas de calidad junto con la clasificación, hemos de traer a colación la Resolución no 782/2014 dictada por este Tribunal en la que se dijo lo siguiente:

“Una última advertencia debe hacerse a fin de clarificar el alcance de la doctrina que hoy sentamos, a fin de dejar sentado que ésta no es incompatible con que los Pliegos puedan imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de estas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación. Así lo sostuvimos en nuestras Resoluciones 143/2012 y 70/2013, cuya fundamentación hoy reiteramos. Ciertamente, pudiera pensarse que ambas posturas no son coherentes entre sí, desde el momento en que la clasificación, cuando es legalmente

preceptiva, supe a la acreditación de las condiciones de solvencia (artículo 62.1 TRLCSP), desplazando así la aplicación de los medios indicados en los artículos 76 a 79 TRLCSP, que es en los que se ampara la exigencia de los certificados del cumplimiento de las normas de garantía o de gestión ambiental. Ocurre empero que el artículo 62.1 TRLCSP no debe leerse de manera aislada, sino que, por el contrario, ha de ser puesto en relación con el artículo 83.1 TRLCSP, que, ubicado bajo la rúbrica de “Prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de Registros o listas oficiales de contratistas”, indica: “1. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.” La inscripción en estos Registros oficiales –que es el medio de prueba de la existencia de la clasificación-no justifica el concreto nivel de solvencia técnica que puede requerirse para un contrato, pues nada dice sobre ella el precepto transcrito. Si la clasificación excluyera toda posibilidad de exigir una condición adicional de solvencia técnica como la que constituyen los certificados de calidad que ahora nos atañen, se habría incluido una mención expresa a que la inscripción acredita igualmente dicha solvencia técnica, al igual que se hace con la económica y financiera. Lo único que no es admisible, pues, es que a las empresas clasificadas se les pida, adicionalmente, otra forma de justificar su solvencia económica, pero nada más. El silencio del legislador no es casual ni se trata de un simple olvido; antes bien, es obligado si se tiene en cuenta que la clasificación en ningún caso se pronuncia sobre el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental –que son siempre relativos a la solvencia técnica-, sino sobre los medios financieros, personales y materiales de la empresa, la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con la que se pretende, así como, en su caso, la existencia de las autorizaciones para ejercer la

actividad correspondiente (artículos 30-34, 40-44, 47 y concordantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre). Por tal motivo, porque una empresa debidamente clasificada puede no ajustarse a los estándares acreditados por el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, debemos reiterar hoy que en los contratos en los que se exija clasificación puede el órgano de contratación reclamar los certificados a los que aluden los artículos 80 y 81 TRLCSP.”

No obstante y aunque en el plano puramente teórico se llegue a la conclusión de que esta doble exigencia es admisible en derecho, conviene recordar que no es posible que el pliego exija a los licitadores unos requisitos de solvencia que no guarden relación proporcional con el objeto del contrato porque entonces sí afirmaríamos que la cláusula correspondiente sería contraria al principio de concurrencia.

La misma resolución de este Tribunal anteriormente citada continua examinando esta cuestión afirmando: “Una vez aclarado que el artículo 80 TRLCSP no constituye óbice que se oponga a que el Pliego prevea la presentación de certificado acreditativo del cumplimiento de normas de garantía de la calidad, es posible ya dilucidar a continuación si, en el caso concreto, dicha exigencia es o no justificada. A estos efectos, tratándose de un contrato de servicios, y descartado que estemos en presencia de un servicio o trabajo complejo o destinado a un fin especial de los comprendidos en la letra d) del artículo 78 TRLCSP, la cobertura normativa para ello deberá buscarse en lo prevenido en la letra c) de éste, que reputa como medio idóneo para acreditar la solvencia: “c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.” A juicio de este Tribunal, los Pliegos pueden obligar a que esta descripción “de las medidas empleadas para garantizar la calidad” vaya acompañada de certificados que acrediten el cumplimiento de las normas estandarizadas de la calidad a las que se refiere el artículo 80 TRLCSP, siquiera sea por comprobar la veracidad de lo invocado por el licitador. Huelga decir que ello será posible si, en todo caso, los certificados exigidos respetan los imperativos del artículo 62.2 TRLCSP, esto es, si están vinculados al objeto del contrato y si son proporcionales al mismo. En último término, debe tenerse en cuenta que, como siempre que se trata de analizar el nivel de solvencia técnica requerido para optar a un

contrato, ha de tenerse presente que lo que se persigue con él es justificar la capacidad o aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (cfr.: Resoluciones 60/2011, 266/2011, 81/2012, 117/2012, 8/2013, 104/2013, entre otras)”.

Por tanto, a la vista de la doctrina expuesta, hemos de conceder la razón a CLECE, al no ser ajustada a derecho la exigencia de un certificado de calidad como criterio de valoración, y en concreto, como mejora puntuable, pues esta certificación, que evalúa la excelencia empresarial en su organización y funcionamiento, no garantiza ni se refiere a la calidad de las prestaciones objeto del contrato ni supone por tanto una mejora de dichas prestaciones, por lo que no puede considerarse tampoco como criterio de adjudicación.

Séptimo. La segunda cuestión que plantea CLECE en su recurso, es la relativa a la otra mejora puntuable, la correspondiente a “Distribuidores de bebida”, mejora a valorar con un punto. Considera aquí la recurrente que dicha mejora es indeterminada, y no permite a los licitadores conocer con exactitud cuál sea el objeto concreto de la mejora.

En el informe remitido por el Órgano de contratación se ofrece la siguiente explicación: *“En la cláusula 2.2.4. del PCAP (página 15) se establece como obligatoria la visita a las instalaciones. Esta visita sirve a las licitantes para poder conocer el centro, las instalaciones, ver directamente las necesidades y poder realizar su oferta con un conocimiento detallado de cómo y en qué condiciones quiere prestar el servicio. Es en este momento cuando el licitante puede apreciar el tipo y/o número de dispensadores que puede ofrecer. Como en el caso anterior, ofertar o no distribuidores queda a elección del licitador, en función del servicio que quiera prestar, el precio que pueda ofertar y/o los costes que quiera repercutir al servicio.*

Matizar que tratándose de un servicio de restauración, valorar la aportación de dispensadores de bebidas, está directamente relacionado con el servicio. Por otro lado, si bien los menús incluyen bebidas, el servicio de cafetería no está a disposición de los residentes las 24 horas del día por lo que disponer de distribuidores de bebidas en distintos puntos de la instalación les permite obtener bebidas fuera de horario cuando lo necesitan.

En cuanto a la puntualización que realiza CLECE, SA sobre la importancia de “aclarar estos extremos” porque la asignación de 1 punto puede determinar la adjudicación, indicar que matemáticamente la valoración de 90 puntos en la oferta económica hace muy complicado que la asignación de un punto incline la balanza a un lado u otro puesto que para que ello suceda las ofertas económicas deberían tener una diferencia muy pequeña entre ellas, prácticamente de céntimos. Estando la oferta económica directamente sujeta a las condiciones de mercado y a aquello que las empresas puedan ofertar según sus costes sólo podría darse el caso de ofertas con diferencias muy pequeñas o iguales si hubiera prácticas colusorias, nunca en condiciones de libre mercado (a modo ilustrativo, haciendo un cálculo grosso modo, si una oferta es igual al importe de licitación y otra está por debajo en 1.000 euros, la diferencia de puntuación es de 30 puntos).”

Planteada en estos términos la controversia, este Tribunal considera razonable la justificación del órgano de contratación al haber contemplado como mejora, aunque con una puntuación mínima, la posibilidad de que se oferten por los licitadores máquinas expendedoras de bebidas que permitan la prestación de este servicio de forma permanente a los usuarios, aún en los momentos en que no esté en funcionamiento el servicio de cafetería, sin que se pueda considerar esta mejora como genérica o indeterminada no sólo por la escasísima ponderación que se le atribuye sino porque resultan fácilmente deducibles los subcriterios que puedan aplicarse por el órgano de contratación para la distribución de esta pequeña mejora en función del número y calidad de las máquinas que se instalen, por lo que no se puede considerar esta mejora como indeterminada y genérica y determinante de su nulidad, dado que está expresamente prevista en los Pliegos, está relacionada con el objeto de contrato, supone una mejora en la prestación del servicio y se encuentra suficientemente concretada en cuanto a su naturaleza y ponderación, además de tener una mínima incidencia sobre la puntuación final.

En todo caso, los argumentos expuestos no son más que reiteración de nuestra consolidada doctrina sobre la incorporación de mejoras en los pliegos de licitación. Baste citar por ejemplo la Resolución 986/2015, de 9 de octubre de 2015:

“El artículo 147 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

[...]”.

Por su parte, el artículo 150 del mismo texto legal establece lo siguiente:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse [...]”.

Toda mejora “supone un plus sobre los requisitos fijados en el pliego y una ventaja para la Administración que puede obtener sin un sobrecoste” (Resolución 390/2014, de 19 de mayo), pero su admisión está sujeta a ciertos límites. Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y 45/2015, de 16 de abril) “por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.”

El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la determinación exigible en los pliegos a los criterios de adjudicación, y, concretamente, sobre los requisitos que han de reunir las mejoras. Como se afirma, por todas, en las Resoluciones 395/2015, de 30 de abril, 498/2015, de 28 de mayo, ó 708/2015, de 24 de julio, “Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011,



de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012) el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.” En la Resolución no 177/2015 al respecto que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige, por imperativo legal, su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, señala que los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad, y para ello los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras y, en tal caso, indicando sobre qué versan unas y otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.”

Por tanto (Resolución 662/2015, 6 de julio), “de lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios”.

En fin, el Tribunal ha declarado reiteradamente (Resolución 628/2015, de 6 de julio, entre otras muchas), que el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación (artículo 150.4 del TRLCSP) no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. Y “la falta de concreción de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración y del mismo modo, el margen para trazar los criterios de valoración de la oferta técnica o, en su caso, de las eventuales mejoras, ya han sido analizados en varias resoluciones de este Tribunal y a título de ejemplo, traemos a colación la no 69/2012, de 21 de marzo (recurso no 44/2012), donde se citan otras anteriores, como la de 20 de julio de 2011 (recurso no 155/2011). En este sentido, se concretó que “la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación (), sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.”

En definitiva, apreciamos suficiente determinación en la mejora correspondiente a distribuidores de bebidas, a valorar con un punto, por lo que debe desestimarse este motivo de oposición.

Octavo. Por último, CLECE cuestiona la forma de puntuación de las ofertas, al establecer los pliegos una forma de presentación de las ofertas económicas en tres tramos: un primer tramo de 1 a 450 menús de comida, un segundo tramo de 451 a 700 menús, y un tercer tramo relativo al servicio de más de 701 menús.

Efectivamente, la cláusula 2.5 del PCAP relativa a los derechos y obligaciones de las partes, establece una forma de cálculo del precio del menú a satisfacer al licitador por

tramos. En concreto, es el apartado 2.5.1 el que regula los abonos al adjudicatario, y lo hace del siguiente modo:

“1. El procedimiento de facturación del servicio será el siguiente:

a) La facturación será mensual y estará en función de la ocupación, de los comensales estimados y de la aplicación del coeficiente por franja de ingesta (desayuno, almuerzo y cena) al número de comensales estimados para cada franja.

[...]

b) Se establecen los siguientes criterios especiales de determinación de las estimaciones de comensales:

- Nunca podrán realizarse estimaciones superiores al número de residentes existentes, salvo en aquellas situaciones debidamente justificadas, conformes y aprobadas por la Dirección del Centro.

- Si circunstancias excepcionales así lo exigieran, la Dirección del centro o persona en quien delegue, podrá modificar la estimación notificada a la empresa (ej. entradas no previstas).

- Cuando el número de comensales, supere al valor estimado indicado por la Administración en esa franja horaria para ese día, el servicio de cocina, confeccionará un mayor número de raciones ajustándolas a la necesidad. Siendo así, serán los piques totales contabilizados (ingesta rea l en franja horaria/día) y no los comensales que hubieran sido inicialmente estimados los valores referenciales a facturar.

- Las raciones confeccionadas, deberán ser en número igual o superior a la totalidad de las estimaciones informadas por la Administración en cada franja de ingesta.

2.- Para calcular el precio del menú diario se tendrá en cuenta la oferta de la empresa para cada tramo.”

Como puede verse, los pliegos establecen un sistema complejo respecto a la facturación, y por otro lado se encuentra la determinación estricto sensu del precio del menú. Pues bien, el órgano de contratación ha manifestado lo siguiente:

“La argumentación de CLECE, SA es contraria a la lógica empresarial puesto que, por economías de escala, siempre será más baja la oferta que un licitador ofrezca sobre el menú en aquellos casos en los que la ocupación sea superior a la media que en el inferior, es decir la oferta más baja la hará en el tramo económico 3 en el que se estiman más de 700 comensales. Hacer una oferta muy baja en el tramo 1 implicaría que, difícilmente, llegaría a cubrir sus costes. Aun suponiendo que se pudiera producir la situación que plantea CLECE, SA la normativa articula mecanismos para garantizar que con los precios ofertados puede prestarse el servicio por lo que, previo a una adjudicación a precios "irrisorios", utilizando su terminología, la Junta de Contratación estaría obligada a solicitar la oportuna justificación de la oferta para determinar la correcta ejecución del servicio.

Por otro lado, si bien el número medio de comensales se ha establecido en 670, se ha observado que en los últimos meses, se han producido momentos en los que ha bajado considerablemente el número de residentes lo cual implica que si no se establece un mínimo de facturación se pone en grave riesgo la ejecución del servicio puesto que la empresa no puede cubrir los costes fijos que pone a disposición del mismo aunque no se sirvan comidas (el personal, el material o los suministros para la elaboración de las comidas tienen un coste que, aunque no se traduce en comidas servidas, si se presta el servicio de elaborarla). Las empresas estiman el coste del servicio en función del número medio de comensales. Lo normal es estar siempre por encima y, la previsión a corto plazo es que se produzca un incremento considerable pero no pueden dejarse de establecer garantías para que, en el caso de que se produzca un descenso brusco de residentes, los costes básicos del servicio que se ponen a disposición de la Administración sean pagados, habiéndose estimado que el número que debe garantizarse es el equivalente a 450 residentes. En función del principio de riesgo y ventura, el empresario está obligado a asumir los riesgos derivados de determinadas incertidumbres, pero ello no implica que la Administración establezca unas mínimas garantías para que los riesgos no lesionen seriamente los intereses particulares.

[...]

En definitiva, esta Junta de Contratación considera que garantizar un mínimo de facturación no es contrario a la libre competencia ni aleja las ofertas de los precios de mercado sino más bien al contrario, alienta a más licitantes a participar puesto que ven que tienen sus costes fijos en parte garantizados, permitiendo una mayor concurrencia al procedimiento. Esta medida incluso puede permitir que participen en el procedimiento empresas con infraestructuras más pequeñas que, de otro modo, no pueden concurrir por el riesgo financiero que supondría para su subsistencia. Este procedimiento en el que se paga por menú servido es el típico caso en el que es necesario establecer estas garantías para que haya mayor concurrencia puesto que la variabilidad de residentes puede hacer asumir costes innecesarios a las empresas que van más allá del mero riesgo y ventura en la ejecución.”

En lo concerniente a este último punto del recurso, estimamos que no asiste la razón al recurrente, no siendo contraria al ordenamiento la fórmula utilizada por el Órgano de contratación en el PCAP. Como señala con acierto la Administración en su informe, la lógica del sistema pasa porque los precios más bajos se oferten en el tramo más alto de comensales, y no a la inversa; porque una empresa obtiene un beneficio mayor al vender más, porque ello le permite adquirir más materia prima a un precio más bajo, por el simple volumen de compra. Es evidente que la compra mayorista siempre se hará a un precio más bajo que la compra minorista. Y no puede ser más costoso para una empresa servir 700 comidas que 400, sino a la inversa.

Por otro lado, carece igualmente de lógica el razonamiento del recurrente, según el cual se alienta a fijar un precio irrisorio en el primer tramo por tener asegurado un número mínimo de menús. Sin embargo, cualquier empresario guiado por un principio de prudencia y economía, no podría arriesgarse a fijar un precio a pérdida, aunque se vayan a abonar por sistema 450 menús. Y es que, según el recurrente, al tener una cifra mínima asegurada se podría ofertar cualquier importe; sin embargo, si se diera el caso de que se sirvieran 430 menús, por poner un ejemplo, el adjudicatario cumpliría con la práctica totalidad del tramo, pero cobraría una cifra mínima, cabría pensar que a pérdida. Lo cual no entra dentro de una lógica comercial razonable y prudente.

Por no decir, que un precio fuera de mercado podría determinar la concurrencia en baja anormal o desproporcionada, llegando a producir lugar a la exclusión de la oferta.

Lo expuesto hasta aquí se mueve dentro de la lógica más elemental. A ello hay que añadir la libertad de que dispone el órgano de contratación a la hora de fijar los criterios de determinación del precio en los pliegos.

Para comenzar, el artículo 22.1 TRLCSP establece que *“1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”* Por su parte, el artículo 25.1 TRLCSP, dispone que: *“1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”*

Con carácter general, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, los principios de igualdad y de concurrencia, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

Pues bien, con tal contexto, este Tribunal ha declarado en numerosas y reiteradas resoluciones (como las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012,

220/2012, 227/2012, 652/2014 o 756/2014) que la definición del objeto del contrato es una facultad discrecional del órgano de contratación que ha de ejercer de la forma que estime más adecuada para la racional satisfacción de las necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir con aquél.

En definitiva, en el caso objeto de este procedimiento no puede afirmarse que el órgano de contratación al definir la forma de presentación de las ofertas haya conculcado los principios de igualdad y concurrencia, más bien al contrario, como ha quedado explicado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J. J. V. A., en nombre y representación de la empresa CLECE, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas reguladores del contrato de “*Servicio de elaboración y reparto de comida en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta para un período de 12 meses*”, licitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; declarando la nulidad de la mejora establecida en el Anexo IV correspondiente a la aportación de un certificado de calidad en los términos expresados en el cuerpo de esta resolución y desestimando el recurso interpuesto en todo lo demás.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el

plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.