



Expediente: 107/2021

ACUERDO 8/2022, de 13 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don G. E. D. C., en nombre y representación de IRIGOYEN COMEDOR SALUDABLE, S.L., frente a la Resolución 311/2021, de 24 de agosto, de la Directora General de Recursos Educativos, por la que se resuelve la contratación para el curso 2021/2022, del servicio de comedor escolar comarcal, y se adjudica el Lote 34 a AUZO LAGUN, S. COOP.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 17 de mayo de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Servicio de comedores escolares comarcales saludables y sostenibles para el curso 2021/2022*”.

El objeto de dicho contrato se dividió en 42 lotes, incluyendo cada uno de ellos uno o más comedores comarcales de centros de la misma localidad o de localidades próximas, conforme a lo señalado en la cláusula 2ª de sus bases reguladoras.

El Lote 34 comprendía el CPEIP Marqués de la Real Defensa HLHIP de Tafalla, y al mismo concurren los siguientes licitadores:

- AUZO LAGUN, S. COOP.
- IRGOYEN COMEDOR SALUDABLE, S.L.
- GOURMETFOOD, S.A.
- SERUNION, S.A.

SEGUNDO.- La cláusula 10.2 de las bases reguladoras del contrato regula el examen de las ofertas, haciendo referencia su apartado III al procedimiento de valoración del sobre B (Criterios cualitativos):

“1º La Mesa de Contratación remitirá telemáticamente el contenido del sobre B de las ofertas presentadas y admitidas a los Consejos Escolares de los centros escolares en donde se ubican los diferentes comedores escolares comarcales para que emitan en el plazo de 10 días hábiles su informe de análisis y consideración de los diferentes apartados y la puntuación de cada uno de ellos.

2º En el caso de ofertas referidas a lotes que afecten a un CPEIP y a un IES/IESO de la misma localidad, si hubiese dos Consejos Escolares, la asignación de puntuación del criterio de adjudicación se distribuirá al 50% para cada uno de ellos.

En el caso del lote 6, la puntuación se distribuirá al 50% entre los dos colegios.

En el caso del lote 17, la puntuación se distribuirá un 17% a Jauntsarats y un 83% a Larraintzar.

En el caso del lote 22, la puntuación se distribuirá un 18% a Lumbier y un 82% a Sangüesa.

En el caso del lote 37, la puntuación se distribuirá un 40% al CEPIP Atargi y un 60% al CPEIP Lorenzo Goicoa.

3º Cada Consejo Escolar remitirá telemáticamente a la Mesa de Contratación su informe. De aceptarlo sin reparos, la Mesa de Contratación formulará la valoración de este apartado.

Por el contrario, en el caso de que los informes no estuviesen debidamente motivados o adolecieran de algún defecto, la Mesa de Contratación requerirá telemáticamente su subsanación, a presentar en el plazo de cinco días hábiles.

Si después del requerimiento de subsanación la Mesa de Contratación entendiera que las consideraciones no están debidamente motivadas o persistiera algún defecto, formulará propuesta de valoración para el lote correspondiente y la remitirá telemáticamente al Consejo Escolar afectado para su conformidad o reparos, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el Consejo Escolar manifieste su conformidad, la puntuación será definitiva. En caso contrario, el Consejo Escolar deberá exponer y justificar las modificaciones propuestas.

Si la Mesa de Contratación, finalmente, entiende motivadas esas modificaciones, procederá a otorgar la puntuación. En caso de que las modificaciones propuestas por el Consejo Escolar fuesen rechazadas, la Mesa de Contratación formulará la puntuación definitiva de este apartado.”

TERCERO.- El 16 de junio, el Departamento de Educación remitió a los Consejos Escolares de los centros las instrucciones para la valoración de las ofertas y la redacción de los informes.

El 18 de junio la Mesa de Contratación abrió el sobre A (Documentación General) presentado por los licitadores, admitiendo a todos los que concurrieron al Lote 34.

El 23 de junio abrió el sobre B (Criterios cualitativos), remitiendo la documentación por correo electrónico al Consejo Escolar del centro para su valoración en el plazo de diez días hábiles.

El 29 de junio el Consejo Escolar hizo constar su valoración mediante un informe anexo al acta.

La Mesa de Contratación consideró que dicha valoración no estaba debidamente motivada, requiriendo su subsanación al Consejo Escolar.

El Consejo Escolar se ratificó en las puntuaciones ya asignadas, si bien modificó el informe de valoración de las ofertas.

La Mesa de Contratación consideró, nuevamente, que la valoración no estaba motivada, por lo que formuló su propuesta de valoración, remitiéndola al Consejo Escolar para que emitiera su conformidad o reparo.

El 23 de julio el Consejo Escolar se ratificó en su valoración de las ofertas.

Finalmente, la Mesa de Contratación decidió otorgar las siguientes puntuaciones, realizando los comentarios que se indican:

	Formación a familias	Tiempo libre	Gestión residuos	Plan de contingencia	Menús especiales	Total
Irigoyen Comedor Saludable, S.L.	4,00	8,00	4,00	5,00	4,00	25,00
Auzo Lagun, S. Coop.	1,75	4,50	3,00	3,00	2,00	14,25
Gourmetfood, S.A.	2,00	5,00	2,00	2,00	2,00	13,00
Seruni3n, S.A.	2,00	4,00	3,00	3,00	3,00	15,00

“Irigoyen: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar

Auzo Lagun: se acepta la puntuaci3n del Consejo Escolar para el apartado C y E. En el resto de apartados, la Mesa decide otorgar una puntuaci3n intermedia entre la del Consejo Escolar y la propuesta por ella misma

Gourmet food: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar.

Seruni3n: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar.”

El 29 de julio la Mesa de Contrataci3n abri3 el sobre C (Criterios cuantificables mediante f3rmulas), valorando las ofertas de los licitadores.

Las puntuaciones totales atribuidas a los licitadores fueron las siguientes:

	Puntuaci3n Total
Irigoyen Comedor Saludable, S.L.	77,00
Auzo Lagun S.Coop.	85,25
Gourmetfood, S.A.	64,02
Seruni3n, S.A.	73,52

CUARTO.- Por la Resoluci3n 311/2021, de 24 de agosto, de la Directora General de Recursos Educativos, se resolvi3 el procedimiento de adjudicaci3n del contrato, adjudic3ndose el Lote 34 a AUZO LAGUN, S. COOP.

QUINTO.- Con fecha 3 de septiembre, don G. E. D. C. interpuso, en nombre y representación de IRIGOYEN COMEDOR SALUDABLE, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del Lote 34.

Comienza el reclamante aludiendo a las Asociaciones de Madres y Padres de Alumnos (APYMAS), al Consejo Escolar de los centros públicos y al servicio de comedor escolar.

Señala, a continuación, que el artículo 4 del Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio, por el que se regulan los comedores escolares de los Centros públicos no universitarios en niveles de enseñanza obligatoria, establece que el régimen de funcionamiento de dichos comedores podrá ser de gestión directa o de servicio contratado, siendo estos aquellos comedores en los que se contrata con terceros, cuando menos, la elaboración y el suministro de comida, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas del correspondiente contrato.

Manifiesta que, en dichos comedores, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra seleccionará al contratista, teniendo en cuenta las indicaciones que se le hagan desde el Consejo Escolar, conforme a lo señalado en el artículo 5.2 del citado decreto foral.

Asimismo, señala que en la presente licitación se encomienda a los Consejos Escolares de los centros la valoración de las ofertas presentadas de conformidad a los criterios de adjudicación de naturaleza cualitativa.

A continuación, manifiesta los siguientes hechos que, por su relación con las alegaciones que posteriormente formula, se reproducen en su literalidad:

“12. En dicha licitación no se incluyó ninguna guía o manual para orientar a los Consejos Escolares en la aplicación de los criterios de adjudicación de naturaleza cualitativa que habían sido seleccionados.

13. Al solicitar a los respectivos Consejos Escolares la valoración de las ofertas técnicas, la Mesa de Contratación del Departamento de Educación no facilitó ninguna directriz, pauta o instrucción para emitir el informe, ni respecto a las exigencias de motivación, así como tampoco respecto a la forma de realizar la puntuación de las ofertas contendientes.

14. La valoración realizada por el Consejo Escolar del centro CPEIP Marqués Real Defensa HLHIP de Tafalla de las ofertas técnicas que se presentaron al lote 34 del contrato del servicio de comedor escolar comarcal para el curso 2021/2022 se sustanció en un documento extenso y con arreglo a motivos.

No hay duda, pues, de que: (i) existía motivación y (ii) estaba suficientemente justificada atendiendo al contenido de las ofertas presentadas y a los criterios de adjudicación que fueron establecidos en la licitación.

15. A pesar de lo anterior, sin fundamento o desarrollo argumentativo, la Mesa de Contratación comunicó al Consejo Escolar que no se considera adecuada la valoración de las ofertas porque alguna de ellas había recibido una puntuación “muy baja”.

Y se requirió al Consejo Escolar para que “subsane dicha deficiencia y se entregue una valoración”.

Es decir, la Mesa de Contratación exigió un cambio de la puntuación asignada motivadamente por el Consejo Escolar.

A esta parte no se le ha justificado que este pronunciamiento de la Mesa de Contratación se basase en un informe detallado de análisis de las ofertas técnicas y del informe de valoración recibido del Consejo Escolar.

16. (...).

17. Dicho requerimiento se produjo fuera del curso escolar y dentro del mes de julio, cuando resultaba muy difícil que el Consejo Escolar se pudiera formar.

18. En estas circunstancias, el Consejo Escolar comunicó no estar de acuerdo con el criterio de la Mesa de Contratación y presentó una segunda valoración inducida por el requerimiento del Departamento de Educación.

19. La Mesa de Contratación discrepó con la nueva valoración trasladada por el Consejo Escolar por entender que las consideraciones no están debidamente motivadas y pasó a realizar una propuesta propia de valoración de las ofertas técnicas.

Esa valoración discrepaba sustancialmente con el criterio del Consejo Escolar, tanto el inicial como el inducido por la Mesa de Contratación, y, además, estaba construida sobre vaguedades y generalidades que nada tenían que ver con la calidad de la oferta realizada por cada licitador.

Esta nueva valoración fue trasladada al Consejo Escolar para que informara sobre la misma.

20. (...).

21. Dicho requerimiento se produjo fuera del curso escolar y a finales del mes de julio, cuando resultaba aún más difícil que el Consejo Escolar se pudiera formar.

22. El Consejo Escolar atendió el requerimiento de la Mesa de Contratación ratificándose en su valoración y, por tanto, rechazando la propuesta trasladada por ésta.

23. La Mesa de Contratación no aceptó lo trasladado por el Consejo Escolar y acabó estableciendo una valoración (identificada como “final”) distinta a la presentada por dicha institución.

La valoración final de la Mesa de Contratación de las ofertas técnicas de cada uno de los criterios de adjudicación no se encontraba justificada o motivada, a pesar de ser distinta a la trasladada por el Consejo Escolar.

De hecho, la puntuación que acabó asignando fue la medida entre la propuesta rechazada por el Consejo Escolar y la valoración que éste había realizado.

24. (...).

28. En el supuesto de haberse respetado la valoración de las ofertas técnicas realizada por el Consejo Escolar, el lote 34 del contrato del servicio de comedor escolar comarcal para el curso 2021/2022 habría sido adjudicado a mi representada”.

Formula, a continuación, una serie de alegaciones, siendo la primera la relativa al cumplimiento de los requisitos procesales requeridos para la interposición de la reclamación, señalando que *“se encuentra legitimada para sustanciar esta reclamación en tanto que segunda mejor clasificada y por haberse adjudicado a una empresa cuya oferta tuvo que haber sido excluida, siendo el resultado de la estimación de la reclamación que la oferta presentada quede como la mejor clasificada y que el Departamento de Educación deba proponer la adjudicación del contrato en su favor”.*

Las restantes alegaciones formuladas son las siguientes:

1ª. Importancia del reconocimiento del papel que les corresponde a los Consejos Escolares en la licitación del contrato de servicio de comedor escolar comarcal

Señala que nuestro ordenamiento jurídico reserva a los Consejos Escolares un papel principal dentro de las licitaciones de los contratos de servicios de comedor escolar, dado que la adjudicación se hace depender de las indicaciones que el Consejo Escolar haga al Departamento de Educación respecto a las ofertas.

Existe pues, según manifiesta, una colaboración público-privada en la contratación pública de estos servicios, que obliga a que se respete la decisión del Consejo Escolar del centro por parte de la Administración pública.

Señala que no puede olvidarse que el Consejo Escolar no es un órgano integrado dentro del Departamento de Educación y que, por tanto, dependa jerárquicamente del mismo, sino que es una entidad independiente, tanto orgánicamente, como atendiendo a su composición.

Alega que, a lo anterior, ha de añadirse una circunstancia adicional que justifica que la valoración de las ofertas corresponda al Consejo Escolar y no a la Mesa de Contratación, y es que la licitación estaba articulada en 42 lotes y en alguno de ellos han concurrido hasta 8 ofertas, así como el ínfimo margen de tiempo con el que ha contado la Mesa de Contratación para revisar los informes y la valoración de cada Consejo Escolar, así como las ofertas de cada lote.

Por ello, señala que la Mesa de Contratación no tenía la posibilidad real de realizar una valoración en profundidad de las ofertas que tuviera en cuenta la singularidad de cada centro y comedor.

Alega que, por ello, el Consejo Escolar desempeña en la licitación un papel determinante, siendo que los pliegos rectores hacían depender de dicha institución la valoración de las ofertas según los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, por lo que *“no puede ningunarse o neutralizarse el papel que el ordenamiento jurídico reserva al Consejo Escolar en la contratación del proveedor de servicios de comedor escolar”*.

Por lo tanto, entiende que no puede sustituirse la valoración realizada por el Consejo Escolar, cuya intervención es equiparable a la de un comité de expertos, por una valoración realizada por la Mesa de Contratación.

2ª. Interpretación adecuada de la intervención de la Mesa de Contratación respecto de las indicaciones del Consejo Escolar

Señala que los pliegos de la licitación establecen que la valoración de las ofertas de conformidad a los criterios de adjudicación cualitativos se realice en un informe del Consejo Escolar, que ha de dirigirse a la Mesa de Contratación, así como que esta podrá realizar reparos a dicho informe cuando “*no estuviere debidamente motivado o adoleciera de algún defecto*”, por lo que, “sensu contrario”, la Mesa de Contratación no puede no aceptar la valoración por discrepar con la forma en que se ha realizado. Alega que este criterio de interpretación es el único coherente con el Decreto Foral 246/1991.

Manifiesta que esta interpretación se ajusta a la limitación de la posibilidad de apartarse de la propuesta en los procedimientos ordinarios que existe en nuestro ordenamiento jurídico, que se reserva exclusivamente a errores o defectos, pero no a discrepancias en la valoración, conforme a lo señalado en la Resolución 242/2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Reitera que nuestro ordenamiento jurídico deposita en el Consejo Escolar la potestad de valorar discrecionalmente las ofertas, no estando permitido que su criterio valorativo se vea usurpado por otro estamento del sistema educativo. Señala que esta interpretación se encuentra respaldada por el criterio del artículo 3.1 del Código Civil, consistente en que en la interpretación de una norma han de tenerse en cuenta los antecedentes históricos y el espíritu y finalidad de la misma, dado que en anteriores licitaciones de este servicio siempre se respetó la valoración realizada por el Consejo Escolar, aludiendo a los años 2009, 2012 y 2016.

Concluye que realizar una interpretación contraria resulta no sólo contrario a derecho, sino también a lo que resultaba previsible en el momento de concurrir a la licitación, y resultaría conceptualmente inadmisibles con arreglo al principio “*intepretatio contra proferentem*”.

3ª. El informe de valoración de las ofertas evacuado inicialmente por el Consejo Escolar del centro se encontraba amplia y profundamente motivado

Alega que nunca existió una falta de motivación en la valoración del Consejo Escolar, sino que existió una discrepancia en la puntuación asignada, por lo que la Mesa de Contratación no estaba legitimada para reclamar a aquel que modificara su valoración.

Señala que esta forma de proceder no sólo infringe la normativa reguladora de los comedores escolares comarcales, sino también la Ley 39/2015 en lo relativo a los informes de terceros, y una interpretación adecuada de los pliegos rectores de la licitación.

4ª. Adicionalmente, la valoración de las ofertas impuesta por la Mesa de Contratación es arbitraria

Señala que la Mesa de Contratación acabó imponiendo una valoración final de las ofertas técnicas que, en varios criterios de adjudicación, se determinó de manera intermedia “entre la [valoración realizada por] el Consejo Escolar y la propuesta por ella misma”, así como que esta decisión fue tomada sin motivación o justificación alguna, lo cual supone que dicha valoración, que determinó la adjudicación del contrato, adolezca de un vicio invalidante.

Alega que, conforme al artículo 100.3 de la LFCP, “la adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada”, así como que la motivación de los actos administrativos, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, tiene un carácter finalístico, respondiendo a la finalidad de que el interesado pueda conocer con exactitud lo decidido por la Administración para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también a los órganos jurisdiccionales resolver la impugnación judicial del acto, de tal modo que la falta de motivación o su

insuficiencia notoria integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.

Señala que, en el ámbito específico de la contratación pública, el principio de igualdad de trato entre los licitadores implica una obligación de transparencia que tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad de la entidad adjudicadora, que dispone de una amplia facultad de apreciación respecto de los elementos que hay que tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato.

Manifiesta que, aplicando estos principios, el Tribunal General de la Unión Europea estima que las puntuaciones que figuraban en el cuadro “*no constituyen en sí mismas una motivación suficiente*”, y que “*los comentarios de la entidad adjudicadora deben ser suficientemente precisos para permitir a las demandantes conocer los elementos de hecho y de Derecho sobre cuya base la entidad adjudicadora desestimó su oferta y seleccionó la oferta de otro licitador*”. Cita, a este respecto, entre otra doctrina, el Acuerdo 98/2018, de 2 de octubre, de este Tribunal.

Alega que, como también señaló este Tribunal en su Acuerdo 36/2019, de 12 de abril, la motivación ha de realizarse en el propio acto, no debiendo diferirse a un momento posterior, motivo por el cual el informe de alegaciones que la entidad contratante dirija al Tribunal en contestación a la reclamación carecerá de eficacia subsanatoria o convalidatoria de la motivación que hubo de producirse cuando se sustanció la licitación.

Señala que en este caso la adjudicación se ha basado en una valoración arbitraria en tanto que no justifica en modo alguno porque se puntúan las ofertas técnicas de una manera distinta a la considerada por el Consejo Escolar e, incluso, a la que anteriormente había sido propuesta por la propia Mesa de Contratación.

Concluye que la valoración final que decidió la adjudicación del contrato adolece de un defecto invalidante por la omisión de motivación, que determina que aquella sea arbitraria, teniendo como consecuencia: (i) la indebida desautorización de la

valoración presentada por el Consejo Escolar; (ii) el proceder errático de la Mesa de Contratación al supervisar al Consejo Escolar, dado que se invalidó su trabajo en dos ocasiones por reprochar la valoración de la oferta técnica que había realizado; (iii) la indefensión del reclamante.

5ª. Conclusión

Reitera que la adjudicación del contrato se ha realizado sobre la base de una valoración de las ofertas técnicas no ajustada a derecho, pues ha despreciado la valoración realizada por el Consejo Escolar, que es la institución competente para aplicar los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, así como que la Mesa de Contratación se extralimitó en sus funciones y usurpó al Consejo Escolar la facultad de valorar las ofertas, imponiendo su criterio valorativo sobre el estamento que la normativa escolar reconoce que ha de determinar el resultado de la contratación del proveedor del servicio de comedor escolar comarcal.

Señala que la valoración de la Mesa de Contratación supuso, además, que la adjudicación dependiera únicamente de la proposición económica, convirtiendo de facto la adjudicación en una subasta y haciendo que, en última instancia, la intervención del Consejo Escolar fuera nula. Y ello, según manifiesta, porque la fórmula de valoración de las ofertas económicas resulta tan discriminatoria que una diferencia insignificante (unos pocos céntimos) en el precio condiciona el resultado de la adjudicación del lote si la calidad de las ofertas no es valorada proporcionalmente.

Alega, a este respecto, que la Mesa de Contratación decidió unilateralmente reducir a menos de 15 puntos la diferencia entre la puntuación de la mejor oferta técnica y las siguientes, imposibilitando matemáticamente que aquella oferta tuviera opciones de resultar adjudicataria, puesto que la fórmula de valoración de las ofertas económicas adjudica 15 puntos a la oferta más barata y 0 a la más cara, lo cual, por lógica, supone que la oferta con mayor calidad reciba 0 puntos en la puntuación económica y la de menor calidad 15 puntos.

Manifiesta que la desautorización de la Mesa de Contratación a la valoración del Consejo Escolar frustró el ejercicio legítimo de la discrecionalidad de dicho órgano, de conformidad con el criterio que viene reconociendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 976/2018, de posibilitar que en la valoración de las ofertas se pueda modular la incidencia de la oferta económica *“para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de adjudicación cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos”*.

Alega que con el criterio de valoración impuesto por la Mesa de Contratación la mejor oferta técnica (la de mayor calidad) no tenía ninguna posibilidad de resultar adjudicataria, y que si hubiera conocido esta circunstancia no sólo habría concurrido con otro planteamiento empresarial, sino que incluso se habría visto obligada a impugnar los pliegos para garantizar la posibilidad de concurrir en igualdad de condiciones.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita que se declare el acto recurrido no ajustado a derecho, dejándolo sin efecto y ordenando al Departamento de Educación que retrotraiga el procedimiento para la clasificación de las ofertas admitidas de conformidad con el primer informe evacuado por el Consejo Escolar.

Subsidiariamente, para el supuesto de desestimación de la pretensión anterior, solicita que se declare la adjudicación no ajustada a derecho, anulándose la licitación en lo relativo al Lote 34 por no ser posible valorar las ofertas técnicas después de conocerse los aspectos de las proposiciones valorables de manera cuantitativa.

Señala que, dado que se está recurriendo la adjudicación del contrato, opera la suspensión automática *“ope legis”* respecto al Lote 34 del contrato, si bien solicita que se mantenga dicha suspensión automática durante la tramitación de la reclamación, de

forma que no se inicie la prestación del servicio de comedor escolar por la empresa que resultó adjudicataria.

Asimismo, de conformidad con el artículo 126.6 de la LFCP y el artículo 381 de la LEC, propone la práctica de la prueba testifical consistente en el interrogatorio por escrito al Consejo Escolar del centro respecto de los siguientes hechos:

“1. La ratificación de la valoración de las ofertas técnicas que el Consejo Escolar considera procedente atendiendo al contenido de aquéllas y a las necesidades de su centro escolar.

2. La injerencia e intromisión del Departamento de Educación en la forma de valorar el Consejo Escolar las ofertas técnicas.

3. Si, al preparar la licitación de 2021, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra facilitó al Consejo Escolar directrices especiales sobre la valoración de las ofertas y su motivación/justificación.

4. Si, cuando la Mesa de Contratación remitió al Consejo Escolar las ofertas para que las valorase, facilitó pautas/directrices/indicaciones sobre la forma de realizar dicha valoración y de motivar.

5. Si el Consejo Escolar acepta o, por el contrario, está conforme con la valoración final de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación.

6. En anteriores licitaciones del contrato del servicio de comedor escolar, ¿recuerda el Consejo Escolar que el Departamento de Educación no atendiera a la valoración que realizó dicho Consejo Escolar y se apartara del mismo?

7. Si la fórmula de valoración de las ofertas económicas determinó, de alguna manera, la forma de valorar la calidad de las ofertas técnicas recibidas.

8. Finalmente, si el Consejo Escolar considera que la adjudicación del contrato realizada por el Departamento de Educación ha sido a la mejor oferta recibida”.

Señala que esta prueba testifical es un medio probatorio pertinente, relevante y útil, y que, como tal, procede su admisión y práctica.

Por último, el reclamante se ofrece a aportar como prueba, para el caso de que el Departamento de Educación no remitiera la documentación completa del expediente, los documentos de otros lotes que evidencian que la forma de proceder de la Mesa de Contratación, alterando la valoración de los Consejos Escolares, fue generalizada y no un supuesto aislado en este lote.

SEXTO.- Con fecha 3 de septiembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 9 de septiembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 9 de septiembre el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, al que adjunta un informe emitido por la presidenta de la Mesa de Contratación.

Formula las siguientes alegaciones:

1ª. Competencia del Departamento de Educación

Señala que resulta necesario aclarar, en primer lugar, que la competencia para la contratación del servicio es del Departamento de Educación, tal y como se infiere del artículo 3 del Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio, y que, con base en esta competencia, se promovió la presente licitación, en la que se han introducido cambios significativos para fomentar una alimentación más saludable entre el alumnado usuario del servicio.

Manifiesta que, en este proceso de licitación y en el marco de la LFCP, los Consejos Escolares (y las APYMAS representadas en ellos) son colaboradores de carácter subsidiario y complementario que aportan sus valoraciones en los aspectos de funcionamiento del servicio y de relación con el centro escolar (memorias presentadas en el sobre B). Señala que el servicio no puede ser adjudicado de manera directa a quien proponga el Consejo Escolar, puesto que ello iría totalmente en contra de los principios fundamentales recogidos en la legislación contractual, entre otros, el de libre concurrencia e igualdad de trato.

2ª. Procedimiento establecido para el examen de las ofertas en las bases reguladoras

Señala que las bases reguladoras no han sido recurridas ni reclamadas por ninguna empresa o persona interesada y, por lo tanto, son vinculantes.

Reproduce, a continuación, lo dispuesto en la cláusula 10.2 de dichas bases y señala que la misma tiene como objetivo garantizar el cumplimiento estricto de los principios que rigen la contratación pública (artículo 2 de la LFCP).

Manifiesta que, de la experiencia de anteriores licitaciones de este servicio, resultaba en ocasiones sorprendente que las puntuaciones asignadas a las distintas empresas por los Consejos Escolares distaran mucho unas y otras, y se otorgaba la máxima puntuación a las empresas que en ese momento prestaban el servicio de comedor escolar y la puntuación mínima al resto de empresas.

Alega que, para garantizar los principios antes citados, se estableció el procedimiento de la cláusula 10.2, facultando a la Mesa de Contratación la revisión de las puntuaciones asignadas por el Consejo Escolar en las que entienda que no está debidamente justificada la diferencia de puntuaciones otorgadas o adolezcan de algún defecto.

Señala que la presidenta de la Mesa de Contratación ha elaborado el informe adjunto en el que se detalla el desarrollo del procedimiento de licitación, en el que puede observarse el cumplimiento escrupuloso de las bases reguladoras en aquellos casos en los que la Mesa de Contratación entendió que la puntuación asignada por los Consejos Escolares no estaba debidamente justificada o adolecía de algún defecto.

Manifiesta que, a diferencia de lo indicado en la reclamación, en los lotes 1, 10, 16 y 34, la oferta del reclamante no obtendría la mayor puntuación total incluso con las valoraciones iniciales de los Consejos Escolares, por lo que no sería propuesta como adjudicataria.

Señala, por último, que el Departamento de Educación es consciente de que la adjudicación de los lotes respecto de los que se ha interpuesto reclamación se encuentra suspendida y no va a formalizar los contratos con las empresas adjudicatarias, no obstante lo cual, procede recordar que el servicio de comedor escolar es un servicio público esencial y, al haber finalizado los contratos de comedor al terminar el curso 2020/2021 y sin que exista la posibilidad de su prórroga, el servicio debe ser prestado en todo caso puesto que ya ha comenzado el curso y el alumnado tiene derecho al mismo.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

Del contenido del informe evacuado por la presidenta de la Mesa de Contratación pueden destacarse los siguientes aspectos:

1. Proceso del examen de las ofertas según las bases reguladoras: el proceso de examen de las ofertas debe hacerse conforme a lo establecido en la cláusula 10.2 de las bases reguladoras, que no han sido recurridas ni por los Consejos Escolares ni por las empresas licitadoras, por lo que son de obligado cumplimiento.

2. Información remitida a los centros escolares: los Consejos Escolares fueron informados en todo momento del procedimiento de valoración. Dicha información se produjo en los siguientes términos:

- al publicar los pliegos se les envió un enlace al Portal de Contratación, donde tenían acceso a la cláusula 10.2 citada;

- previamente a la apertura del sobre B y al envío de las memorias presentadas por los licitadores en dicho lote, se enviaron sendos correos electrónicos a los centros educativos con las instrucciones que recogían lo establecido en las bases, con la literalidad que se señala;

- tras recibir algunas consultas por parte de los centros educativos y recepcionar las primeras valoraciones de los Consejos Escolares, se les envió la comunicación que se reproduce.

3. Realización del proceso de valoración: siguiendo lo establecido en las bases reguladoras, en aquellas valoraciones en que la Mesa de Contratación entendió que los informes no estaban debidamente motivados o adolecían de algún defecto, se solicitó la correspondiente subsanación, mientras que, por el contrario, cuando consideró que dichas valoraciones estaban debidamente motivadas y no adolecían de defectos, fueron aceptadas.

Que, entre los defectos detectados y/o falta de motivación suficiente que la Mesa de Contratación consideró que había que subsanar, se encontraban los siguientes:

- valoración de cuestiones no descritas en las memorias, basadas en experiencias anteriores o en comunicaciones verbales de las empresas, que no constaban en la documentación del sobre B;

- valoración de cuestiones que debían ser puntuadas según la documentación presentada en el sobre C (listado de proveedores, de materias primas, etc.);

- valoraciones sin argumento consistente, del estilo “*nos gusta*” o “*hasta ahora lo han hecho bien*”;

- falta de ponderación en las valoraciones, habiendo aceptado la Mesa de Contratación las puntuaciones máximas a las empresas mejor valoradas, como es el caso del reclamante, pero no la falta de proporcionalidad con el resto de empresas, aplicando puntuaciones extremadamente bajas sin justificarlas comparativamente con los mismos aspectos indicados y valorados para la empresa reclamante con puntuaciones altas;

- falta de proporcionalidad entre los argumentos justificados por el Consejo Escolar y la puntuación asignada, dado que en algún caso se argumentaba que era “*un plan muy completo*”, pero se valoraba con una puntuación muy baja.

Señala que en la petición de subsanación enviada a los centros educativos se hacía referencia al punto 3º de la cláusula 10.2.III de las bases.

Asimismo, manifiesta que en los casos en los que, después de la recepción de la contestación al primer requerimiento de subsanación, la Mesa de Contratación entendió que las nuevas consideraciones de los Consejos Escolares no estaban debidamente motivadas o persistía algún defecto, formuló propuesta de valoración y la remitió nuevamente al centro educativo, para su conformidad o reparos, con el mensaje que se transcribe.

Señala que en estas propuestas de valoración enviadas por la Mesa de Contratación se indicaban los aspectos tenidos en cuenta por la misma para determinar la justificación y la puntuación de cada apartado, así como si las valoraciones recibidas (globales o por apartados) se aceptaban por considerarse motivadas o sin defectos, o bien, no se aceptaban por no concurrir dichas circunstancias, así como que en este segundo caso se referenciaba el procedimiento de valoración establecido en las bases reguladoras.

Señala que, finalmente, en aquellos casos en los que la Mesa de Contratación no consideró adecuadas las propuestas finales recibidas de los Consejos Escolares, formuló la puntuación definitiva, conforme a lo establecido en las citadas bases.

4. Valoraciones del sobre B y propuesta de la Mesa de Contratación: partiendo de la base de que todas las empresas presentaron memorias genéricas en el sobre B y no concretaban aspectos particulares de cada centro educativo, la Mesa de Contratación valoró todas las memorias presentadas, en todos sus apartados, desglosando los aspectos puntuables en cada uno de ellos, mediante criterios técnicos, siempre teniendo en cuenta los aspectos a valorar, que se encontraban perfectamente definidos en las bases reguladoras, conforme al documento adjunto “*Valoración sobre B todas las empresas por parte de la Mesa*”.

Una vez realizada la valoración global de las memorias, se adaptaron a la casuística particular de cada centro y, citando comparativamente las puntuaciones otorgadas por el Consejo Escolar, se envió la correspondiente propuesta de valoración.

Señala que la Mesa de Contratación ha dispuesto de un plazo mayor que los Consejos Escolares para el estudio y valoración de las propuestas, dado que ha podido analizarlas durante todo el proceso, por lo que no es correcta la afirmación del reclamante de que la misma no tenía la posibilidad real de realizar una valoración en profundidad de las ofertas.

Manifiesta que la Mesa de Contratación ha tenido acceso a las valoraciones de todos los Consejos Escolares, habiendo podido verificar que las puntuaciones no aceptadas por la misma en los lotes respecto de los que se reclama, son absolutamente discrepantes con las del resto de Consejos Escolares, sin que la especificidad de un centro educativo pueda sostener dicha discrepancia sobre unas memorias genéricas presentadas iguales para todos los lotes.

Concluye que la Mesa de Contratación ha considerado adecuadas la totalidad de las valoraciones asignadas por los Consejos Escolares al reclamante, manteniendo su

posición de mejor puntuada en este sobre B, habiéndose solicitado subsanación únicamente sobre las valoraciones desproporcionadamente bajas otorgadas a otras licitadoras.

5. Criterios de adjudicación (puntuación): la Mesa de Contratación ha de tener en cuenta y puntuar la totalidad de los criterios establecidos en las bases reguladoras (100 puntos), y no únicamente los correspondientes a la valoración del Consejo Escolar (25 puntos).

Señala que los criterios de adjudicación de la cláusula 10.3 se dividen en varios bloques:

a) Los criterios cualitativos, que abarcan los aspectos de funcionamiento del servicio y de relación con el centro escolar (valorables por el Consejo Escolar), con una puntuación máxima de 25 puntos.

b) Los criterios cuantitativos, no valorables por el Consejo Escolar, con una puntuación máxima de 75 puntos, entre los que se incluyen la oferta económica (con un máximo de 15 puntos sobre 100, por lo que en ningún caso puede afirmarse que el proceso de adjudicación sea una subasta), los criterios de carácter social (hasta 10 puntos), los de carácter medioambiental (hasta 37 puntos), otras características de la materia prima (hasta 8 puntos) y otras mejoras en el servicio (hasta 5 puntos).

Manifiesta que las ofertas presentadas por el reclamante no han obtenido puntos en el apartado de la oferta económica por no haber realizado baja alguna y, además, han recibido menos puntos que otros licitadores en los aspectos medioambientales (de la calidad de los productos), al no realizar propuestas significativas de compromisos de mejora sobre los requisitos mínimos.

Queda acreditado, a juicio de la informante, que la Mesa de Contratación se ajustó al procedimiento establecido en las bases reguladoras.

SÉPTIMO.- El 10 de septiembre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado alegaciones por parte de AUZO LAGUN, S. COOP. con fecha 15 de septiembre, en los siguientes términos:

1ª. Sobre el motivo de impugnación esgrimido y la aceptación por la recurrente de la valoración de la Mesa de Contratación en otros lotes

Alega que el reclamante no indica ni señala las concretas razones por las que considera que la valoración de la Mesa de Contratación ha incurrido en arbitrariedad o falta de motivación, limitándose a señalar que no es jurídicamente posible que dicha valoración se realice por aquella, pues quien tiene la competencia para hacerlo son los Consejos Escolares, cuya propuesta de valoración ha de ser asumida necesariamente por la Mesa.

Señala que este argumento es de todo punto interesado, dado que el reclamante silencia que, por ejemplo, en la valoración del sobre B del Lote 22, también adjudicado a AUZO LAGUN, S. COOP., la Mesa de Contratación siguió el mismo patrón cuya ilegalidad se denuncia, evaluando las ofertas separándose supuestamente del criterio del Consejo Escolar, en estos casos para subir la puntuación inicialmente asignada al reclamante y minorar la de aquella empresa, por lo que el motivo de impugnación planteado no es coherente con los propios actos del recurrente.

Concluye que, si supuestamente no seguir las indicaciones del Consejo Escolar supone una infracción, dicho vicio también se proyectaría sobre los lotes en los que el recurrente se ha visto beneficiado por dicho cambio.

2ª. Sobre el pleno respeto al régimen competencial de la Mesa de Contratación y del Consejo Escolar en la valoración de las ofertas

Señala que tanto la normativa de contratación pública, como la de los comedores escolares y las bases reguladoras del contrato, atribuyen a los Consejos Escolares y a la

Mesa de Contratación unas funciones concretas, por lo que, al margen de las consideraciones personales o de oportunidad que realiza el reclamante acerca de la importancia de los Consejos Escolares en el sistema educativo, debe atenderse al concreto régimen jurídico aprobado, conforme a los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en la Constitución.

Alega que, si el reclamante no estaba de acuerdo con las funciones asignadas a los Consejos Escolares en las bases del contrato por ser, supuestamente, contrarias a la normativa foral, bien pudo haberlas impugnado, lo cual no hizo.

Señala que la función de los Consejos Escolares dentro de la licitación viene determinada por el Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio, resultando sorprendente que el reclamante otorgue a estos un papel preponderante en detrimento de la Administración de la Comunidad Foral, al margen de la normativa aplicable, la cual de ningún modo establece que quien valorará las ofertas de manera definitiva y seleccionará a los contratistas serán aquellos.

Manifiesta que los Comedores Escolares, conforme al artículo 3 del citado decreto foral, son de competencia directa de la Administración de la Comunidad Foral que, además, asume el coste de gran parte del servicio de comedor, lo cual implica que son competencia de la misma su creación, organización y, por ende, el régimen de contratación, siendo así que la posibilidad de colaboración complementaria de los Consejos Escolares de ningún modo desplaza el ejercicio de la potestad de contratación de que goza la Administración. Señala que, tal es así, que el artículo 5.2 establece que será el Departamento de Educación quien convoque la licitación correspondiente y seleccione al contratista.

Señala que, conforme a lo expuesto, la base 10.2 *in fine* establece que, en caso de discrepancia, será la Mesa de Contratación quien, en todo caso, otorgue la puntuación definitiva a las ofertas técnicas, y no los Consejos Escolares.

Alega que el hecho de que los Consejos Escolares emitan un informe o unas indicaciones no es más que la plasmación de la participación de la comunidad educativa en la organización de los comedores escolares, conforme al Decreto Foral 246/1991, pero sin que ello pueda interpretarse como un desplazamiento o derogación de las competencias atribuidas expresamente por dicho decreto foral a la Administración para seleccionar al contratista, ni de las funciones que confiere el artículo 51.1 de la LFCP y la cláusula 10.2 de las bases del contrato a las Mesas de Contratación.

Señala que la afirmación del reclamante, relativa a que los Consejos Escolares son equiparables a un comité de expertos y que, a diferencia de la Mesa de Contratación, son totalmente independientes, no puede ser estimada.

En primer lugar, porque carece de fundamento plantear que la Mesa de Contratación no es independiente y que carece de conocimientos para valorar las ofertas, dada su composición prevista en la cláusula 10.1.

Asimismo, porque tanto la ley foral como la legislación estatal (artículo 146.2) se refieren al comité de expertos como aquel órgano integrado por técnicos y profesionales independientes con la cualificación y experiencia apropiadas, lo cual nada tiene que ver con las funciones y la composición del Consejo Escolar, que es el órgano de participación de la comunidad educativa en el funcionamiento del centro, pero no un órgano técnico de valoración, a diferencia de la Mesa de Contratación, conforme al artículo 134.1 de la LFCP.

Señala que la adjudicación recurrida cumple con las exigencias de motivación impuestas por el artículo 100.3 de la LFCP, pues contiene y desarrolla las características y ventajas de la oferta seleccionada, siendo en este punto donde el reclamante no concreta ni especifica en qué aspecto o valoración se ha producido la falta de motivación o arbitrariedad que denuncia.

Alega que se está poniendo en cuestión la discrecionalidad técnica que ampara a la Administración, al pretender el reclamante sustituir el criterio de la Mesa de

Contratación por el suyo propio o, en aquellos lotes donde le es beneficioso, por las indicaciones de valoración aportadas por el Consejo Escolar, encontrándonos ante un motivo de impugnación que se plantea a conveniencia.

3ª. Sobre la adjudicación a favor de la oferta que guarda la mejor relación calidad-precio conforme a las bases del concurso

Alega que el reclamante no hizo esfuerzo competitivo alguno por mejorar su oferta o por bajar mínimamente el precio ofertado, siendo el resultado de las adjudicaciones la consecuencia directa de su decisión y estrategia competitiva.

Alude, a continuación, a los criterios de adjudicación del contrato, señalando que en el mismo se ha visto plenamente satisfecho el mandato de incorporación transversal de elementos cualitativos vinculados a lo social y medioambiental que impone el artículo 2.3 de la LFCP.

Señala que no se ajusta a la realidad afirmar que el contrato se ha adjudicado exclusivamente por el impacto del precio, cuando su peso relativo ha sido claramente secundario (15%) frente al importante peso que la Administración ha dado a los aspectos cualitativos de las ofertas, así como que la adjudicación ha recaído en la oferta con la mejor calidad precio, conforme a lo exigido por el artículo 64.1 de la LFCP.

Por lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta, así como la acumulación de las reclamaciones interpuestas por el recurrente respecto a los diversos lotes de este contrato, en base de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por último, se opone a la práctica de la prueba solicitada por el reclamante, por considerarla improcedente o innecesaria, dado que versa sobre hechos conocidos y no controvertidos, por aludir a cuestiones jurídicas, no justificarse su finalidad, referirse a

cuestiones ajenas al presente contrato, recaer en el propio reclamante la carga de dicha prueba, o tratarse de meras opiniones.

OCTAVO.- Con fecha 18 de octubre se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo con fecha 20 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación.

SEGUNDO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- Como ya ocurriera en las reclamaciones 99/2021, 102/2021, y 103/2021, resueltas respectivamente por los Acuerdos 117/2021, de 27 de diciembre, 4/2022, de 7 de enero, y 1/2022, de 4 de enero, la entidad contratante alega causa de inadmisión a consecuencia de la imposibilidad de que la reclamante resulte adjudicataria aun cuando se accediera a su pretensión de otorgar la puntuación conforme al informe de valoración del Consejo escolar.

Al respecto, por razones de unidad de doctrina aplicamos aquí, como ya hiciéramos en el Acuerdo 4/2022, la establecida sobre este particular en el Acuerdo 1/2022, de 4 de enero, desestimatorio de tal alegación:

“Alegada por el órgano de contratación la concurrencia de la causa de inadmisión de la reclamación prevista en el artículo 127.3.b) LFCP - derivada de la mayor puntuación total incluso con la valoración inicial del Consejo Escolar, negando así la concurrencia de interés legítimo -, debemos proceder, en primer término, a su examen, toda vez que de su resultado depende el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

Respecto a la legitimación, el artículo 122.1 de la LFCP establece que “La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”; añadiendo en su artículo 123.1 que “La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

El Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada – por todas, Sentencia de 7 de abril de 2005 – que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada “ad processum” y la “ad causam”. Así, la Sala primera del mismo Tribunal en Sentencia 305/2011, de 27 de junio, pone de relieve que “La legitimación ad processum [para el proceso] se suele hacer coincidir con los conceptos de capacidad procesal, mientras que la segunda consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye al sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo

que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material. (...) La legitimación pasiva ad causam [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida titularidad jurídica afirmada-y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996, 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente”. Añadiendo, el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de noviembre de 1991, que "la legitimación" (se refiere a la legitimación ad causam), en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto.

En Derecho administrativo la legitimación propiamente dicha o legitimatio ad causam se construye a partir del concepto de interés legítimo; señalando el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de marzo de 2017, que: "(...) como una titularidad que deriva de la posición peculiar que ostenta una persona física o jurídica frente a un recurso concreto, cuando la decisión que se adopte en el mismo es susceptible de afectar a su interés legítimo [artículo 19.1 a) LJCA]. El interés legítimo es el nexo que une a esa persona con el proceso de que se trata y se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico,

actual y real (no potencial o hipotético). La comprobación de que existe en el caso legitimación "ad causam" conlleva por ello la necesidad de comprobar la interrelación existente entre el interés legítimo que se invoca y el objeto de la pretensión [Sentencia del Pleno de esta Sala de 9 de julio de 2013 (Recurso 357/2011) y sentencias de 21 de 29 marzo de 2012 (Casación 5651/2008), de 8 de junio de 2015 (Rec. 39/2 2014) y de 13 de julio de 2015 (Casaciones 2487/2013 y 1617/2013), con reflejo en las sentencias del Tribunal Constitucional -STC- 52/2007, de 12 de marzo, (FJ 3) ó 38/2010, de 19 de julio, FJ 2 b)"]

El mismo Tribunal, entre otras en Sentencia de 2 de octubre de 2001, ha declarado que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo interés legítimo el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

La legitimación se configura, por tanto, como un especial vínculo con la finalidad de la reclamación especial, que resulta necesario acreditar. Sólo en este caso existirá legitimación activa y permitirá al Tribunal analizar el fondo del asunto, para decidir sobre la legalidad de las distintas actuaciones de un procedimiento de licitación.

Además de todo ello, como argumento fundamental a favor de la admisión de la reclamación, se encuentra el principio "pro actione", que en el ámbito subjetivo en el que nos encontramos se traduce en un criterio de "in favor legitimationis", de manera

que, en principio, debe de partirse de la base de que, como norma general, ante la duda, debe ser reconocida legitimación en el recurrente, tendente a admitir el recurso de que se trate.

Partiendo de todo lo anterior, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado de la reclamación especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; resultando así que el primer interés que se puede reconocer a quien interpone un reclamación de este tipo, se encuentra en resultar adjudicatario del contrato, si bien no el único, aunque también en estos supuestos relativos a un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la defensa de la legalidad.

Añadiremos que el interés de quien reclama para ser legítimo ha de estar conectado con el objeto del proceso, pues la legitimación no es genérica sino concreta, y la legitimatio ad causam conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 14 octubre de 2003), de modo que ha de ser de la estimación de la pretensión de la que derive la ventaja inmediata, real y efectiva, que permite calificar el interés como legítimo.

Descendiendo al caso concreto, el punto de partida del análisis de la cuestión alegada no puede ser otro que las pretensiones deducidas en la reclamación interpuesta, a saber, la anulación del acto recurrido y la retroacción del procedimiento para la clasificación de las ofertas conforme al primer informe evacuado por el Consejo Escolar y, subsidiariamente, la anulación tanto de la adjudicación como de todo el procedimiento, por no ser posible valorar las ofertas técnicas al ser conocidas las proposiciones valorables automáticamente.

Pues bien, de la aplicación de la doctrina citada no cabe sino reconocer la legitimación activa de la reclamante, por cuanto de una eventual estimación de su pretensión subsidiaria podría obtener un beneficio real, no meramente hipotético, pues podría volver a concurrir al procedimiento de licitación que el órgano de contratación iniciara con el mismo objeto. Así lo pone de relieve, entre otras, la Resolución 648/2018, de 6 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando señala que “Es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente.

En el caso que nos ocupa solo la íntegra estimación de su recurso habría de reportarle un beneficio al actor, pues únicamente si se considera que se están valorando criterios no contemplados en los pliegos o que existen contradicción en los mismos generadores de indefensión y discriminación entre los licitadores, cabría considerar que las recurrentes podrían obtener algún beneficio, pues solo por esta vía podrían obtener una nueva posición tras la declaración de nulidad del procedimiento, a saber: el inicio de una nueva licitación y por ende, la presentación de sus proposiciones en otro procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato.

Siendo pues inseparable en este caso la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de procederse al análisis de sus pretensiones para determinar la admisibilidad y ante las alegaciones de vicios de nulidad generadores de indefensión y por ende, de discriminación entre las licitadoras en la forma de valoración de los criterios de adjudicación, hemos de proceder al reconocimiento de su legitimación y en consecuencia, a entrar en el fondo del asunto”.

En consecuencia, cabe apreciar la concurrencia de legitimación activa (legitimatio ad causam) en la reclamante, que tiene como fundamento la pretensión de

anulación del procedimiento de adjudicación; debiendo rechazarse, en consecuencia, la causa de inadmisión en tal sentido alegada por el órgano de contratación.”

QUINTO.- Como ya se planteara también en la Reclamación 99/2021, resuelta por el Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, y en varias posteriores relativas a este mismo procedimiento, e igualmente resueltas por este Tribunal, en idénticos términos, se plantea ahora la solicitud de acumulación por la tercera interesada de las reclamaciones frente a la adjudicación de diversos lotes de este contrato, así como la solicitud por la reclamante del mantenimiento de la suspensión del acto recurrido y la práctica de la prueba testifical consistente en el interrogatorio por escrito a los Consejos Escolares, ofreciéndose a aportar, igualmente, prueba documental en caso de que no lo haga el Departamento de Educación. Es por ello que procede, atendiendo a razones de seguridad jurídica y en virtud del principio de unidad de doctrina, estar a lo señalado al respecto en el fundamento de derecho quinto del referido acuerdo, aplicado en los posteriores sobre el mismo asunto, cuyo tenor es el siguiente:

“QUINTO.- Antes de entrar en el fondo del asunto hemos de abordar la solicitud de acumulación realizada por la tercera interesada, así como la solicitud del mantenimiento de la suspensión del acto objeto de la reclamación y la de prueba realizadas por la empresa reclamante.

Así, comenzamos por la solicitud de AUZO LAGUN, S. COOP., empresa adjudicataria de este lote, en el sentido de que este Tribunal proceda a acumular las reclamaciones interpuestas por la mercantil recurrente frente a la adjudicación de diversos lotes de este contrato, en base a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que:

“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.”

Justifica dicha petición en que las reclamaciones se dirigen, por idénticos motivos, contra la adjudicación de los distintos lotes del mismo contrato, lo que, unido al respeto al principio de congruencia en la resolución de las pretensiones planteadas por la recurrente (artículo 127.2 de la LFCP), aconseja la acumulación y dar un tratamiento conjunto a las reclamaciones.

Este Tribunal no considera, sin embargo, que en el presente supuesto concurren las circunstancias de identidad sustancial o íntima conexión que permitan acumular las reclamaciones formuladas frente a la adjudicación de diversos lotes del contrato, por cuanto cada una de estas se basa, en gran medida, en el relato fáctico del caso particular y en las valoraciones que realizaron, respecto de las ofertas de cada lote, tanto el Consejo Escolar correspondiente como la Mesa de Contratación. Por lo tanto, la resolución de cada reclamación debe atender a las circunstancias particulares del caso, sin que ello conlleve un menoscabo de la observancia del principio de congruencia que la LFCP exige a las resoluciones de este Tribunal.

Por otra parte, como señala el Tribunal Supremo ya desde su sentencia de 4 de marzo de 1989 (RJ/1989/1724), no existe un deber por parte de la Administración de acumular los procedimientos, tratándose en todo caso de una potestad de ejercicio discrecional, tal y como resulta con claridad del precepto legal aplicable, en este caso el citado artículo 57, que establece que “podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación”. Por todo ello, se desestima la acumulación solicitada.

En relación con la suspensión del acto objeto de la reclamación, la empresa reclamante, tras expresar que ésta opera automáticamente, conforme a los artículos 124.4 y 101.3 LFCP, sostiene que aquella debe mantenerse hasta la resolución de la reclamación, ya que, de continuarse el procedimiento e iniciarse el contrato con la empresa seleccionada por la Mesa de Contratación, se ocasionarán perjuicios de difícil reparación e indemnizables, en caso de estimación.

Al respecto, debe señalarse la improcedencia de esta solicitud, habida cuenta que este Tribunal, en relación con la excepcional posibilidad de levantar la suspensión automática, debe atenerse exclusivamente a la prescripción contenida en el mismo artículo 124.4 LFCP, conforme al cual:

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra podrá, excepcionalmente, de forma motivada y previa solicitud de la entidad contratante,

levantar la suspensión automática a que se refiere el párrafo anterior, en los casos en que su mantenimiento pudiera causar un perjuicio grave al interés público.

Por último, debe abordarse la prueba testifical propuesta, consistente en el interrogatorio por escrito al Consejo Escolar del centro respecto a los siguientes hechos:

“1. La ratificación de la valoración de las ofertas técnicas que el Consejo Escolar considera procedente atendiendo al contenido de aquéllas y a las necesidades de su centro escolar.

2. La injerencia e intromisión del Departamento de Educación en la forma de valorar el Consejo Escolar las ofertas técnicas.

3. Si, al preparar la licitación de 2021, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra facilitó al Consejo Escolar directrices especiales sobre la valoración de las ofertas y su motivación/justificación.

4. Si, cuando la Mesa de Contratación remitió al Consejo Escolar las ofertas para que las valorase, facilitó pautas/directrices/indicaciones sobre la forma de realizar dicha valoración y de motivar.

5. Si el Consejo Escolar acepta o, por el contrario, está conforme con la valoración final de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación.

6. En anteriores licitaciones del contrato del servicio de comedor escolar, ¿recuerda el Consejo Escolar que el Departamento de Educación no atendiera a la valoración que realizó dicho Consejo Escolar y se apartara del mismo?

7. Si la fórmula de valoración de las ofertas económicas determinó, de alguna manera, la forma de valorar la calidad de las ofertas técnicas recibidas.

8. Finalmente, si el Consejo Escolar considera que la adjudicación del contrato realizada por el Departamento de Educación ha sido a la mejor oferta recibida”.

Sobre la solicitud y práctica de la prueba en este procedimiento de reclamación, el artículo 126.6 de la LFCP señala que “Cuando las personas interesadas lo soliciten o el procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura de un período de prueba por un plazo de cinco días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes, previa comunicación a todas las personas interesadas. El Tribunal podrá rechazar la prueba propuesta si la considera improcedente o innecesaria. La práctica

de la prueba tendrá carácter contradictorio, pudiendo aportarse cualquier documento que se considere pertinente. Tras la práctica de la prueba se procederá a su valoración y a la elevación a definitivas de las pretensiones de las partes en el plazo de dos días hábiles. Los gastos derivados de la práctica de la prueba serán de cuenta de quien la hubiera solicitado. Durante el plazo de práctica de la prueba se suspenderá el plazo del que dispone el Tribunal para resolver.”

En relación con la práctica de la prueba, cabe citar sendos acuerdos de este Tribunal conforme a los cuales recae en quien la propone la carga de justificar su procedencia, pudiendo inadmitirse si no tiene relación con el asunto objeto de decisión o si versa sobre cuestiones no discutidas o que resultan del propio expediente. Así, el Acuerdo 97/2020, de 23 de octubre, señala que “Respecto al derecho a la utilización de los medios de prueba, el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 165/2001, de 16 de julio, señala que “a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el tema decidendi, b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento.”

(...).

Pero es que además la admisión de la petición de apertura de periodo de prueba formulada choca, a juicio de este Tribunal, con otro obstáculo, esta vez relacionado con la pertinencia de la práctica de la prueba interesada, en la medida en que es carga de la parte proponente de la misma justificar la necesidad de su práctica en orden a la resolución de la reclamación formulada.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018“(...) La decisión sobre el recibimiento a prueba y sobre la pertinencia de los medios probatorios exige que la parte proponente razone sobre la pertinencia, lo que implica - aparte de las cargas procesales mencionadas- que lleve al ánimo del juzgador la idea de la necesidad de probar los hechos en que basa sus pretensiones, lo que exige un

cumplido razonamiento sobre la ligazón de los medios propuestos respecto de lo que es litigioso. Ciertamente en el proceso contencioso-administrativo el peso probatorio del expediente es manifiesto, pues en él se documenta la actuación administrativa, pero ese peso no quita para la oportunidad de otros medios máxime cuando lo litigioso se ventila en el ámbito de los hechos. (...).

Como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2) corresponde al recurrente demostrar la relación entre la prueba y aquel hecho que quiso y no pudo probar. Pero su carga no se limita a probar la existencia de ese vínculo, sino que se extiende también a la acreditación de su previsible éxito como tal prueba, esto es, que es muy probable que su práctica pueda tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones, pues quien invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo de su derecho (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3 ;170/1998, de 21 de julio, FJ 2 ;129/1998, de 16 de junio, FJ 2 ;45/2000 , FJ 2 ;69/2001, de 17 de marzo , FJ 28)”.

Asimismo, el Acuerdo 55/2021, de 21 de junio, señala que “Sobre la práctica de la prueba, este Tribunal señaló en su Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, que “(...) como apunta la Resolución 135/2016, de 13 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, “La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre “los hechos relevantes para la resolución del recurso”. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, pues como ocurre en este procedimiento la documentación que se adjunta a la

oferta, es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.”

Por lo tanto, la decisión de este Tribunal exige examinar esta solicitud de prueba a la luz de los criterios recogidos en la jurisprudencia y doctrina expuestas.

Pues bien, se solicita, en primer lugar, que se interrogue al Consejo Escolar del centro acerca de la ratificación en la valoración de las ofertas técnicas que dicho órgano considera procedente, prueba esta en todo punto innecesaria, por cuanto el Consejo Escolar ha formulado su parecer al respecto hasta en tres ocasiones durante el procedimiento de adjudicación, estando estas actuaciones debidamente reflejadas en el expediente de contratación.

En segundo lugar, solicita la empresa reclamante que el Consejo Escolar se pronuncie sobre la injerencia e intromisión del Departamento de Educación en la valoración de las ofertas técnicas. Del propio texto de la solicitud se desprende que, lo que con la misma se persigue no es la prueba de un hecho, sino el posicionamiento del Consejo Escolar, en relación con la calificación que la reclamante efectúa sobre la actuación de la Mesa, razón por la que la solicitud a este respecto resulta improcedente.

Respecto a los puntos tercero y cuarto, queda acreditado en el expediente que el Departamento de Educación remitió a los Consejos Escolares de los centros, con fecha 16 de junio, unas instrucciones para la valoración de las ofertas y la redacción de los informes, por lo que esta prueba no resulta necesaria.

El punto quinto resulta, igualmente, de los propios informes de valoración de las ofertas que obran en el expediente, siendo además una reiteración de la cuestión referida en el punto primero.

En el punto sexto se alude a anteriores licitaciones de este servicio, siendo esta cuestión también improcedente por cuanto lo que se sustancia en este caso no es la valoración de las ofertas en contratos celebrados con anterioridad, sino en el del curso escolar 2021/2022, siendo así que las bases reguladoras bien pueden haber cambiado en este aspecto, habiéndolo hecho también los Consejos Escolares de los centros, que se renuevan periódicamente. El precedente que trata hacer valer la reclamante mediante esta prueba no tiene, por ello, el valor pretendido.

Por último, los puntos siete y ocho pretenden de nuevo un posicionamiento del Consejo Escolar sobre las argumentaciones vertidas por la reclamante en defensa de su

derecho, la primera sobre la influencia de las ofertas económicas en la valoración final, la segunda sobre si la adjudicación del contrato se ha realizado a la mejor oferta recibida. Cuestiones éstas que no solo no constituyen el objeto de una posible prueba por no tratar de probar hechos sobre los que hubiera discusión, sino que además solo pueden ser objeto de valoración y discusión por los interesados comparecientes en el procedimiento de reclamación, sin que el Consejo Escolar reúna tal condición. Por otra parte, no puede desconocerse que, conforme al apartado 10.3 de las Bases reguladoras del contrato, la valoración de las ofertas económicas constituye como máximo el 15 por ciento de la puntuación total, de la que el 25 por ciento corresponde a los criterios cualitativos en cuya valoración interviene el Consejo Escolar, el 10 por ciento a los criterios sociales y los 50 puntos restantes corresponden a diversos criterios de calidad cuya valoración es automática.

Con el fin de probar que la intervención de la Mesa en las valoraciones de los Consejos Escolares ha sido generalizada, la empresa reclamante ha ofrecido la aportación de documentación sustitutiva para el caso de que la entidad contratante no remitiera los expedientes. Al respecto, hemos de señalar que tal situación no se ha producido, así como que la documentación remitida por la entidad contratante a este Tribunal evidencia que la intervención de la Mesa en las puntuaciones atribuidas por los respectivos Consejos Escolares se produjo en varios lotes, resultando una vez más innecesaria la aportación propuesta.

Atendiendo a las razones expuestas, la prueba solicitada resulta innecesaria en unos casos e improcedente en otros, por lo que se desestima la solicitud relativa a la práctica de la misma”.

SEXTO.- Como resulta de los antecedentes, la reclamante basa la impugnación en iguales motivos a los planteados en la Reclamación 99/2021, resuelta por el Acuerdo 117/2021, y a los planteados en la Reclamación 102/2021, resuelta por el Acuerdo 4/2022, de 7 de enero, a saber: la injerencia contraria a las competencias atribuidas al Consejo Escolar por la legislación educativa y por el Pliego regulador del contrato, al no atenderse la Mesa de Contratación a la primera valoración realizada por dicha entidad de los criterios sometidos a juicios de valor, siendo que el Pliego únicamente autorizaba la intervención en el caso de falta de motivación o defecto del referido informe del

Consejo, sin que tal fuera el caso, al estar éste debidamente motivado. A ello añade que la valoración realizada por la Mesa, atribuyendo en varios apartados de los criterios de adjudicación una puntuación intermedia entre la resultante del informe de Consejo Escolar y la de su propia propuesta, sin motivación, resulta arbitraria, así como que esta intervención ha igualado las puntuaciones resultantes de tales criterios, haciendo que la adjudicación se haya hecho depender de la oferta económica en detrimento de la calidad.

Todos los citados motivos fueron resueltos por el precitado Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre; motivo por el cual, atendiendo a razones de seguridad jurídica y para mantener el principio de unidad de doctrina procede, como ya se hiciera en el Acuerdo 4/2022, estar a lo allí declarado, en relación con cada uno de dichos motivos, como a continuación se expone.

SÉPTIMO.- Sobre la alegada injerencia contraria a las competencias atribuidas al Consejo Escolar por la legislación educativa y por el Pliego regulador del contrato, al no atenerse la Mesa de Contratación a la primera valoración realizada por dicha entidad de los criterios sometidos a juicios de valor, el fundamento séptimo del Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, cuya doctrina aplicamos, determina la desestimación de este motivo con base en las siguientes consideraciones:

“SÉPTIMO.- Partiendo del hecho no discutido y que resulta del expediente, de que la valoración de los criterios cualitativos realizada por la Mesa, revisó al alza la puntuación otorgada por el Consejo Escolar a todas las empresas participantes con la excepción de la empresa reclamante que ya contaba con la máxima, el análisis de la primera cuestión planteada requiere partir de la legislación aplicable y citada por las partes.

En lo que se refiere al Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio, por el que se regulan los comedores escolares de los centros públicos no universitarios de Navarra en los niveles de enseñanza obligatoria, que la reclamante cita de manera genérica en apoyo de su afirmación de que la adjudicación se hace depender de las indicaciones que el Consejo Escolar haga al Departamento de Educación respecto de las ofertas,

estando la Administración obligada a respetarlas, encontramos la siguiente regulación aplicable a la contratación de los servicios de comedores escolares:

El artículo 3.2 establece que “Son comedores comarcales aquellos que declare como tales el Departamento de Educación, Cultura y Deporte por atender las necesidades de los centros que acogen alumnos cuya asistencia a clase está condicionada por la utilización del transporte escolar organizado por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte sin ruta del mediodía. Su creación y organización serán competencia de la Administración de la Comunidad Foral, en colaboración con los Consejos Escolares y las direcciones de los centros docentes.”

El artículo 4.1 señala que el régimen de funcionamiento de los comedores escolares podrá ser de gestión directa o de servicio contratado, estableciendo el apartado 3º que “Son de servicio contratado aquellos comedores en los que se contrata con terceros, cuando menos, la elaboración y el suministro de comida, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas del correspondiente contrato.”

Por último, el artículo 5.2 dispone que “En los comedores comarcales de servicio contratado, el Departamento de Educación, Cultura y Deporte seleccionará al contratista, teniendo en cuenta las indicaciones que se le hagan desde el Consejo Escolar.”

A la vista de este texto, hemos de convenir con la entidad contratante que solo a ella corresponde la competencia para la contratación de estos servicios, y con la tercera interesada, que de las funciones colaborativas que el citado decreto foral otorga a los Consejos Escolares en el funcionamiento de los comedores escolares, no cabe inferir que de ellos se haga depender la adjudicación, ni que deban prevalecer sus valoraciones, como afirma la empresa reclamante, estando limitada su actuación a la realización de indicaciones que no se concretan y cuyo cometido o extensión, en todo caso, deben estar en sintonía con las normas de contratación a que están sujetos los contratos de servicios de estos comedores escolares, y, en particular con el Pliego que los regula.

Así resulta del artículo 34 LFCP, a cuyo tenor “El régimen jurídico de los contratos que celebren las Administraciones Públicas tendrá carácter administrativo salvo que la ley disponga otra cosa.

Estos contratos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley foral y sus disposiciones reglamentarias. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.”

En este marco, la cláusula 10.2 del Pliego regulador que como este Tribunal viene señalando, constituye la Ley del Contrato, respecto de la valoración de las ofertas contiene las siguientes disposiciones:

10.2 Examen de ofertas.

l. La Mesa de Contratación, en acto privado, calificará previamente la documentación general presentada en tiempo y forma por los licitadores en el sobre A, con el fin de comprobar que reúnen las condiciones para ser admitidos dejando constancia de sus actuaciones en la correspondiente acta.

11. Se concederá un plazo de cinco días naturales para subsanar los defectos en la documentación. Terminado el periodo de subsanación, de mantenerse la presentación defectuosa, se procederá a la inadmisión del licitador.

111.

1 ° La Mesa de Contratación remitirá telemáticamente el contenido del sobre B de las ofertas presentadas y admitidas a los Consejos Escolares de los centros escolares en donde se ubican los diferentes comedores escolares comarcales para que emitan en el plazo de 10 días hábiles su informe de análisis y consideración de los diferentes apartados y la puntuación de cada uno de ellos.

2º En el caso de ofertas referidas a lotes que afecten a un CPEIP y a un IES/IESO de la misma localidad, si hubiese dos Consejos Escolares, la asignación de puntuación del criterio de adjudicación se distribuirá al 50% para cada uno de ellos.

En el caso del lote 6, la puntuación se distribuirá al 50% entre los dos colegios.

En el caso del lote 17, la puntuación se distribuirá un 17% a Jauntsarats y un 83% a Larraintzar.

En el caso del lote 22, la puntuación se distribuirá un 18% a Lumbier y un 82% a Sangüesa.

En el caso del lote 37, la puntuación se distribuirá un 40% al CEPIP Atargi y un 60% al CPEIP Lorenzo Goicoa.

3º Cada Consejo Escolar remitirá telemáticamente a la Mesa de Contratación su informe. De aceptarlo sin reparos, la Mesa de Contratación formulará la valoración de este apartado.

Por el contrario, en el caso de que los informes no estuviesen debidamente motivados o adolecieran de algún defecto, la Mesa de Contratación requerirá telemáticamente su subsanación, a presentar en el plazo de cinco días hábiles.

Si después del requerimiento de subsanación la Mesa de Contratación entendiera que las consideraciones no están debidamente motivadas o persistiera algún defecto, formulará propuesta de valoración para el lote correspondiente y la remitirá telemáticamente al Consejo Escolar afectado para su conformidad o reparos, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el Consejo Escolar manifieste su conformidad, la puntuación será definitiva. En caso contrario, el Consejo Escolar deberá exponer y justificar las modificaciones propuestas.

Si la Mesa de Contratación, finalmente, entiende motivadas esas modificaciones, procederá a otorgar la puntuación. En caso de que las modificaciones propuestas por el Consejo Escolar fuesen rechazadas, la Mesa de Contratación formulará la puntuación definitiva de este apartado.

IV. (...).

V. (...).

De esta regulación resulta que la Mesa de Contratación debe realizar la formulación definitiva de la puntuación de los criterios correspondientes al sobre B, previo un procedimiento en que, a partir del informe realizado por el correspondiente Consejo Escolar, asumirá su contenido por considerarlo motivado y exento de defecto, o bien lo hará tras la subsanación o acuerdo sobre los defectos encontrados en el mismo, o bien, formulará su valoración al margen de las propuestas del Consejo Escolar, en el caso de no ser aceptadas éstas.

Esta regulación está en línea con el artículo 51.3 LFCP que atribuye a la Mesa de Contratación la función de “d) La valoración de la oferta técnica”.

En relación con las Mesas de Contratación, decíamos en nuestro Acuerdo 29/2021, de 25 de marzo, con cita del Acuerdo 5/2018, de 22 de enero, que, las mesas de contratación tienen la naturaleza de órganos colegiados independientes, sin relación jerárquica con el órgano de contratación, cuyas funciones son asegurar la objetividad e imparcialidad en la selección de la oferta más ventajosa y proponer la adjudicación al órgano de contratación. Objetividad e imparcialidad en la evaluación que justifican la obligación de que su composición se indique en el pliego, al objeto de que su idoneidad pueda ser verificada y, en su caso, impugnada por los eventuales licitadores, lo que no ha sucedido; estando sus miembros sujetos al régimen de abstención y recusación regulado en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.”

De particular interés sobre la actuación de las Mesas de Contratación, en relación con el alcance de los asesoramientos técnicos a los que las Mesas pueden recurrir para un mejor desempeño de sus cometidos, resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2015 (RJ/2015/4280), conforme a la cual:

(...)

4.- *La precisión de destacar que el recurso por la Mesa de Contratación a un asesoramiento externo es posible cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera; pero subrayando, simultáneamente, que la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración y carece, por tal razón, de esos fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto que se viene reconociendo a los órganos administrativos de calificación técnica.*

5.- *La necesidad de subrayar, como una obligada consecuencia de lo que acaba de afirmarse, y con especial énfasis, que cuando la Mesa se haya servido de ese asesoramiento externo no puede asumir sin más la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento, por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable; y que tiene atribuida precisamente con la finalidad de que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir estas adjudicaciones.*

La Mesa puede ciertamente servirse de un asesoramiento técnico, pero debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

Esto último lo que conlleva es lo siguiente: (a) que la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume; y (b) que si en el expediente alguno de los interesados ha formulado reparos al contenido de ese informe externo, la Mesa habrá de consignar su concreta posición o respuesta a tales reparos».

A la vista de lo hasta aquí expuesto no cabe sino afirmar que, ni la legislación de contratos, ni el Pliego regulador, ni la legislación sectorial expuesta, atribuyen a los Consejos Escolares función determinante alguna en la valoración de las ofertas, estando limitado su cometido a lo expresado en la cláusula 10.2 del Pliego, transcrita, que, en sintonía con el conjunto de normas aplicables y la doctrina y jurisprudencia citadas, encomienda a la Mesa de Contratación la valoración de las ofertas a la vista de la documentación obrante en el expediente, incluido el informe del correspondiente Consejo Escolar, en los términos expresados en la misma, conforme a su propio juicio, y expresando las razones que le han conducido al mismo. Razón por la que el motivo debe ser desestimado.”

OCTAVO.- El fundamento octavo del Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, resuelve también sobre el siguiente motivo opuesto en esta reclamación, según el cual la actuación de la Mesa en la valoración de las ofertas constituye extralimitación de ésta, en la medida en que, conforme al Pliego únicamente resulta procedente su intervención ante la falta de motivación o defecto del informe del Consejo Escolar, supuesto que no se da por estar éste debidamente motivado.

Al respecto, en dicho fundamento cuya doctrina se aplica y que determina igualmente la desestimación del motivo, se señala lo siguiente: *“Al hilo de esta exigencia de motivación debemos referirnos a la alegación de la empresa reclamante que, tras la afirmación de que el informe inicial estaba debidamente motivado, concluye en la falta de legitimación de la Mesa para no atenerse al mismo.*

A este respecto, en línea con lo expuesto sobre esta función de valoración que a la Mesa corresponde y con la regulación contenida en la cláusula 10.2 del Pliego, es exclusivamente a ella a quien corresponde apreciar si el informe correspondiente contiene la motivación suficiente y carece de defecto, de modo que frente a esta facultad no cabe oponer tal consideración de parte.”

NOVENO .- Sentado lo anterior y como ya se hiciera en el mismo fundamento octavo del precitado Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, debemos atender, al

procedimiento seguido, en este concreto lote, en lo que a la valoración de las ofertas se refiere, a fin de determinar sobre la alegada extralimitación en la actuación de la Mesa de Contratación. Así, el 16 de junio, el Departamento de Educación remitió a los Consejos Escolares de los centros las instrucciones para la valoración de las ofertas y la redacción de los informes, en las que, entre otras consideraciones, se señala que *El Consejo Escolar estudiará cada una de las ofertas recibidas para su centro, valorará separadamente cada apartado y argumentará la puntuación concedida. Después emitirá un informe en que se recojan las puntuaciones de cada una de las ofertas y su justificación y lo remitirá a la Mesa de Contratación (...), así como que La Mesa no aceptará informes en los que no se valoren todos los apartados de todas las ofertas recibidas ni aquellos en los que no haya suficiente explicación de las puntuaciones concedidas.*

Hecho acreditado en el expediente que desmiente el hecho 13º de la reclamación interpuesta, donde se afirma que *la Mesa de Contratación del Departamento de Educación no facilitó ninguna directriz, pauta o instrucción para emitir el informe, ni respecto a las exigencias de motivación, así como tampoco respecto a la forma de realizar la puntuación de las ofertas contendientes.* Como vemos, dicha instrucción sí se produjo y hacía referencia expresa a la necesidad de argumentar, justificar y explicar suficientemente las puntuaciones concedidas.

Volviendo al proceso de valoración de las ofertas, el 23 de junio la Mesa de Contratación abrió el sobre B, remitiendo la documentación por correo electrónico al Consejo Escolar del centro para su valoración en el plazo de diez días hábiles. A partir de ahí, tal como se refleja en los antecedentes de este acuerdo, la Mesa de Contratación requirió la subsanación del informe de valoración emitido por el Consejo Escolar el 29 de junio, al no considerarlo debidamente motivado. A tal requerimiento el Consejo Escolar respondió con la ratificación de las puntuaciones otorgadas, si bien, modificó el informe. A continuación, la Mesa de Contratación, considerando de nuevo insuficiente la motivación, realizó su propia propuesta de valoración, remitiéndola al Consejo Escolar a efectos de conformidad o reparo, quien el 23 de julio ratificó la puntuación por él asignada. Tras ello la mesa realizó la valoración final que tuvo como resultado el

incremento de la puntuación de AUZO LAGUN, S.COOP, en 3,25 puntos, respecto de la otorgada por el Consejo Escolar, y la aceptación del resto de las puntuaciones otorgadas por dicho Consejo. Esta valoración final fue acompañada de los siguientes comentarios:

Irigoyen: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar

Auzo Lagun: se acepta la puntuación del Consejo Escolar para el apartado C y E. En el resto de apartados, la Mesa decide otorgar una puntuación intermedia entre la del Consejo Escolar y la propuesta por ella misma

Gourmet food: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar.

Serunión: se aceptan todas las puntuaciones del Consejo Escolar.

Este desarrollo del procedimiento de valoración de las ofertas, sigue fielmente las prescripciones que sobre el mismo contiene la cláusula 10.2 del Pliego, de igual manera a lo acontecido en el procedimiento sobre el que resolvió el Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, por lo que debemos estar a lo señalado al respecto en el último párrafo del fundamento de derecho Octavo de dicho acuerdo, a cuyo tenor:

“De donde no cabe sino concluir, sin perjuicio de lo señalado en el fundamento siguiente, en relación con la valoración final realizada por la Mesa de contratación, que no hubo extralimitación alguna en lo que a la participación del Consejo Escolar se refiere, ya que, ésta tuvo lugar con pleno respeto al procedimiento previsto en la cláusula 10.2 de las bases reguladoras del contrato, transcrita en el fundamento séptimo.”

DÉCIMO.- En relación con la alegada arbitrariedad en la valoración final realizada por la Mesa, se comprueba, a la vista del procedimiento relatado en el fundamento anterior, que en varios apartados de los criterios de valoración subjetiva, correspondientes a la oferta de AUZO LAGUN, S.COOP, la Mesa de Contratación ha determinado las puntuaciones mediante la aplicación de una regla de valoración no prevista en el Pliego, tal como se concluyera en el citado Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre respecto de la reclamación que resuelve, razón por la que, de la misma manera y en atención a las razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina señaladas,

debemos aplicar la doctrina que sobre tal motivo se contiene en el fundamento noveno de dicho acuerdo, con el mismo resultado de estimación del mismo.

Así, el citado fundamento señala lo siguiente:

“NOVENO.- Cuestiona la empresa reclamante la valoración final realizada por la Mesa de Contratación calificándola de arbitraria por cuanto dicho órgano colegiado la determinó de una manera intermedia entre la valoración realizada por el Consejo Escolar y la propuesta por ella misma; afirmando, así mismo, la falta de motivación y justificación de las puntuaciones finales otorgadas a cada empresa a pesar de resultar diferentes a las trasladadas por el Consejo Escolar. Circunstancias que suponen, a su juicio, que dicha valoración finalmente otorgada adolezca de un vicio invalidante; y de ahí, también, las pretensiones deducidas a través de la interposición de la reclamación, esto es, la clasificación de las ofertas de conformidad con el primer informe evacuado por el consejo o, subsidiariamente, la anulación de la licitación por no ser posible ya, una vez valorados los criterios de adjudicación de carácter cuantitativo (Sobre C), valorar las ofertas técnicas (Sobre B).

De la documentación que obra en el expediente y del relato efectuado en el fundamento anterior respecto al procedimiento seguido para la evaluación de las ofertas, resulta que, en efecto, en la valoración final realizada por la Mesa de Contratación, ésta decide, en varios de los apartados de los criterios de adjudicación de carácter objetivo, otorgar una puntuación intermedia entre la del Consejo Escolar y la propuesta por ella misma.”

La resolución de la cuestión que se nos plantea exige volver al contenido del pliego sobre la intervención del consejo y de la Mesa de Contratación en la valoración de las ofertas y sobre los criterios de adjudicación a aplicar en ésta.

Así, en relación con la valoración de los criterios objeto de la reclamación, la cláusula 10.3, del Pliego de este contrato, dispone lo siguiente:

10.3 Valoración de ofertas.

10.3.1 Criterios cualitativos: hasta 25 puntos (valorable por el Consejo Escolar)

a) Formación a familias en alimentación saludable: hasta 4 puntos.

Se valorará la propuesta de formación e información a las familias en alimentación saludable, tanto de forma presencial como en publicaciones. Se deben detallar las actuaciones divulgativas que se pretenden llevar a cabo para la adecuada sensibilización a las familias en la alimentación saludable y recomendaciones que ha desarrollado la Guía de Alimentación para la planificación de menús escolares, del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra según el Decreto Foral 3/2019, de 16 de enero, por el que se establecen medidas de fomento de estilos saludables de alimentación y del ejercicio físico en las escuelas infantiles y en los centros escolares no universitarios de la Comunidad Foral de Navarra

b) Programa de actividades educativas y de tiempo libre en el horario de comedor: hasta 8 puntos.

Se valorará la consideración educativa del comedor escolar, su integración en el proyecto educativo de centro, así como los objetivos y la planificación temporal para su desarrollo, así como su distribución por etapas educativas, y la calidad, variedad y adecuación de las actividades a las edades de sus destinatarios exclusivamente del período destinado a comedor.

c) Plan de gestión de residuos y desperdicio alimentario: hasta 4 puntos.

Se valorará el tratamiento de los residuos y el desperdicio alimentario, especialmente los programas que minimicen los desperdicios y el adecuado tratamiento de los residuos adecuados a la localidad donde se ubique. Así mismo se valorará positivamente a las empresas que colaboren en las pedagogías en pos de un correcto tratamiento de los residuos y del aprovechamiento alimentario, debiendo describir cómo se desarrollarán en detalle.

d) Plan de contingencia, gestión de las incidencias en la prestación del servicio: hasta 5 puntos.

Se valorará el procedimiento a seguir, a nivel operativo, cuando se generen incidencias (irregularidades, accidentes, errores, retrasos, etc.) que no permitan dar cobertura al servicio con normalidad. Asimismo, se indicará el tiempo de

restablecimiento del servicio que se compromete ante la aparición de alguna de estas incidencias en el servicio. Se indicará el plazo mínimo en el que se atenderán las notificaciones de ausencias por parte de los comensales, para la correcta gestión de residuos y cobro de los servicios.

e) Gestión de menús especiales: hasta 4 puntos.

Se valorará la gestión de los menús para comensales alérgicos (planificación de los menús especiales con composición similar a la basal en cuanto a macronutrientes y a grupo de alimentos, y definición de las circunstancias que impedirían a la empresa la prestación de este servicio en virtud del art. 4.4 del Decreto Foral 3/2019, de 16 de enero, por el que se establecen medidas de fomento de estilos saludables de alimentación y del ejercicio físico en las escuelas infantiles y en los centros escolares no universitarios de la Comunidad Foral de Navarra). También se valorará la oferta de otros menús con adaptaciones no obligatorias (no cerdo, no carne, veganos...)."

Por su parte, la cláusula 10.2 de dicho documento contractual encomienda, como no puede ser de otro modo, la valoración final de las ofertas a la Mesa de Contratación, previendo la posibilidad de que ésta discrepe de la valoración otorgada por el consejo, como es el caso. Valoración final que, obvio es decir, debe ceñirse a los aspectos y respetar las reglas que dicho pliego contiene respecto a cada uno de los criterios de adjudicación; lo que, adelantamos ya, no se ha observado al limitarse a otorgar, sin más, la media aritmética entre el resultado de la valoración del consejo y la que con anterioridad había formulado la propia Mesa de Contratación.

Ello es así toda vez que es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 y la de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato conlleva la exigencia de que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tendrá en cuenta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios o reglas de valoración de éstos que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Siendo esto así, del contenido del Pliego anteriormente transcrito, en tanto que como venimos señalando constituye la Ley del contrato, resulta la respuesta a la cuestión planteada, pues la valoración por la Mesa de Contratación asignando la puntuación resultante de aplicar la media aritmética entre su valoración y la del consejo constituye la aplicación de una regla de valoración no prevista en el mismo; y conlleva el ejercicio de una facultad no atribuida por la norma incurriéndose así en infracción de los principios de transparencia e igualdad, en la medida en que se trata de la introducción de un parámetro que afectando a la puntuación de las ofertas no ha sido objeto de publicación y no ha podido ser conocido por los licitadores.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, su Resolución 1044/2020, de 5 de octubre de 2020, cuyo fundamento sexto de señala lo siguiente: “Así, si el OC necesita saber quién firmará el proyecto para decidir si otorga o no la puntuación, puede solicitar al licitador que aclare este extremo. Lo que no puede hacer de ningún modo es otorgar una puntuación, en este caso 5 puntos, con base en la aplicación de una media aritmética, y ello porque esta forma de valoración del criterio no está prevista en el pliego.”

En consecuencia, la valoración definitiva otorgada por la Mesa de Contratación no resulta ajustada a derecho, apreciándose la arbitrariedad señalada por la reclamante y estimándose, por tanto, el motivo de nulidad de la valoración alegado, cuyo efecto, no es, en atención a lo razonado respecto del procedimiento establecido en la cláusula 10.2 del Pliego, la prevalencia de la valoración del Consejo Escolar, sino la anulación del procedimiento, ya que, siendo la valoración de las ofertas competencia de la Mesa de Contratación, la apertura de los criterios de valoración objetiva, impide la retroacción so pena de vulneración del secreto de las proposiciones, que se produciría mediante una valoración de los criterios subjetivos, una vez conocida la de los criterios objetivos.

Sin perjuicio de la estimación, en atención a las consideraciones expuestas, del motivo de impugnación esgrimido frente a la valoración de las ofertas, y respecto a la

ausencia de motivación de la valoración final en los apartados indicados, hemos de señalar que no cabe apreciar tal consecuencia, por cuanto lo cierto es que la decisión de la Mesa de Contratación expone las razones de las puntuaciones otorgadas, que no son otras que la aplicación de la regla matemática indicada; no resultando, por tal motivo, necesario añadir mayor justificación que la propia indicación de la aplicación de la fórmula y el resultado obtenido. Dicho en otros términos, partiendo de la decisión de aplicar la media aritmética de los dos informes de valoración para otorgar la puntuación de las ofertas, el resultado atribuido no requiere mayor explicación que la del propio método utilizado; no apreciándose, por tanto, indefensión alguna, pues, de hecho, precisamente la sola indicación en el acta de la Mesa de Contratación del método utilizado ha sido suficiente para la impugnación de la valoración otorgada.”

UNDÉCIMO.- Finalmente, en lo que respecta a la alegación en la que se afirma la conversión del procedimiento de adjudicación en una subasta, el fundamento décimo del Acuerdo 117/2021, expone, analiza y resuelve idéntico motivo y argumentación, conteniendo el pronunciamiento que determina igualmente su desestimación, conforme a lo siguiente:

“DÉCIMO.- Por último, alega la empresa reclamante que la valoración de las ofertas técnicas por la Mesa de Contratación, al reducir a menos de 15 puntos la diferencia entre la puntuación de la mejor oferta técnica y las siguientes, convirtió de facto la adjudicación en una subasta, ya que, la fórmula de valoración de la proposición económica da como resultado que una diferencia insignificante en el precio produzca una gran diferencia en la puntuación. Así, se estaría imposibilitando matemáticamente que la oferta con mayor calidad resultara adjudicataria dado que, por lógica, sería la más cara. A ello añade que con ello se frustró la posibilidad de que en la valoración de las ofertas se pudiera modular la incidencia de la oferta económica, conforme a lo señalado en la Resolución 976/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como que, si hubiera conocido dicha circunstancia, habría concurrido con otro planteamiento empresarial e, incluso, se habría visto obligado a impugnar los pliegos para garantizar la posibilidad de concurrir en igualdad de condiciones.

De nuevo el análisis de esta alegación exige partir de la regulación que sobre los criterios de adjudicación contiene el Pliego, cuyo apartado 10.3.1, dispone lo siguiente:

10.3.1 Criterios cualitativos: hasta 25 puntos (valorable por el Consejo Escolar)

10.3.1 Criterios cuantitativos: hasta 75 puntos

a) Oferta económica: hasta 15 puntos

b) Criterios de carácter social: hasta 10 puntos

b.1. Conocimientos de primeros auxilios de cada uno de los cuidadores asignados a cada lote: 5 puntos

b.2. Formación en alergias e intolerancias alimenticias: 5 puntos

c) Criterios de carácter medioambiental: hasta 37 puntos

c.1. Por la utilización de producto fresco y, en su caso, de temporada en la elaboración del menú: hasta 17 puntos

c.2. Por la utilización de producto fresco, ecológico y de proximidad en la elaboración del menú: hasta 20 puntos

d) Otras características de la materia primera en la elaboración del menú: hasta 8 puntos

d.1. Por la utilización de producto integral en la elaboración del menú: hasta 2 puntos

d.2. Por la utilización de productos con Denominación de Origen Protegida, Indicación Geográfica Protegida o Producción Integrada: hasta 6 puntos

e) Otras mejoras en el servicio: hasta 5 puntos

e.1. 1 punto por cada cuidador por encima de lo establecido en las bases reguladoras para cada lote, hasta un máximo de 3 puntos

e.2. Compromiso del licitador de que en los centros con modelo de inmersión lingüística autorizados por el Departamento de Educación se contará para la prestación de estos contratos mayoritariamente con personal que conozca y comprenda los idiomas en los que se presta la labor educativa en el centro escolar, siempre que

dicho personal desarrolle su actividad en contacto habitual con los menores usuarios de estos servicios: 2 puntos.”

La cláusula transcrita revela nuevamente que la reclamante parte de premisas erróneas, ya que, la oferta económica determina únicamente 15 puntos de 100, siendo así que los 60 puntos restantes atribuidos a los demás criterios cuantitativos se refieren a cuestiones distintas del precio, que atañen igualmente a la calidad de la oferta, (cualificación del personal, calidad de las materias primas, relación de los productos y de la elaboración de los menús con la alimentación saludable, etc...). A ello hemos de añadir que estos criterios constituyen parte de la oferta técnica que la reclamante, erróneamente, restringe a los criterios cualitativos en cuya valoración interviene el Consejo Escolar en la forma descrita.

La Resolución 976/2018, de 26 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que cita la empresa reclamante, en modo alguno podría amparar su alegación, de ser correcta porque no está referida a la aplicación de los criterios de adjudicación, que como es sabido ha de hacerse conforme a la ley del contrato materializada en su Pliego regulador, sino a su formulación en el mismo. Así dicha resolución versa sobre la posibilidad de establecer en la formulación del criterio precio, no en su aplicación, un “umbral de saciedad” por “(...) diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o la presupuestación rigurosa de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos. La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas.”

De lo expuesto resulta que, lejos de concurrir en el caso que nos ocupa el supuesto alegado, los criterios de adjudicación priorizan la calidad sobre el precio, hasta el punto de que éste tiene una incidencia de un máximo de 15 puntos sobre 100.

En todo caso, tal y como señala, lo que debió hacer la reclamante, sin perjuicio de realizar otro tipo de oferta a la vista de la claridad del pliego (dado que obtuvo 0 puntos en la oferta económica al no realizar rebaja alguna), es recurrir el mismo si lo consideraba contrario a derecho, no siendo admisible el cuestionamiento de la fórmula que valora las ofertas económicas en este momento del procedimiento, cuando tramitado y resuelto el mismo su oferta no ha resultado adjudicataria de este lote.

A este respecto, en el Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, de este Tribunal, se señalaba que, “(...) la falta de impugnación en plazo del pliego obliga a la reclamante, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en el citado documento contractual. Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho - con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto -, no cabe argumentar en una reclamación especial supuestas irregularidades del pliego cuando éste no ha sido objeto de previa y expresa impugnación.

En el presente caso el licitador conocía el contenido de la cláusula correspondiente a la fórmula de valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica, sin que procediera a la impugnación del pliego por considerar que la misma resulta contraria a Derecho. Siendo esto así, no es posible ahora recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato, que se limita en definitiva a la aplicación del pliego, que constituye lex inter partes, salvo que se apreciara que la misma adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho”. Vicio de nulidad que en el presente caso ni tan siquiera se alega.

Por todo ello, procede desestimar esta alegación.”

En virtud de todo lo expuesto se concluye, como en el Acuerdo 117/2021, cuya doctrina hemos aplicado como hiciéramos también en el citado 4/2022, en atención a la identidad de los motivos planteados, que las bases reguladoras de este contrato establecen que la valoración de las ofertas cualitativas se realizará por la Mesa de Contratación, contando con el informe del Consejo Escolar del centro receptor del servicio de comedor escolar, mediante un procedimiento que, en lo referido a la participación del Consejo Escolar, ha sido observado, y en el que, en coherencia con la LFCP, la valoración final de los criterios de adjudicación corresponde a la Mesa de Contratación que, sin embargo, la ha realizado mediante la aplicación de una regla de valoración no prevista en el Pliego (media aritmética de las puntuaciones otorgadas en el informe del Consejo Escolar y en su propia propuesta), lo que conlleva la anulación del procedimiento por ser conocidas también las partes de las ofertas cuya valoración está sometida a criterios objetivos.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don G. E. D. C., en nombre y representación de IRIGOYEN COMEDOR SALUDABLE, S.L., frente a la Resolución 311/2021, de 24 de agosto, de la Directora General de Recursos Educativos, por la que se resuelve la contratación para el curso 2021/2022, del servicio de comedor escolar comarcal, y se adjudica el Lote 34 a AUZO LAGUN, S. COOP., anulando la valoración final de los criterios subjetivos, realizada por la Mesa de Contratación respecto de dicho lote, y con ella la adjudicación del mismo a la empresa AUZO LAGUN, S. COOP., anulando igualmente el

procedimiento de adjudicación del citado lote, con imposibilidad de continuar válidamente el mismo.

2º. Notificar este Acuerdo a don G. E. D. C., en calidad de representante de IRIGOYEN COMEDOR SALUDABLE, S.L., a la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 8 de enero de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.