**Recurso 289/2022**
**Resolución 446/2022**
**Sección Primera**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de septiembre de 2022

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SODEXO IBERIA, S.A**. contra la resolución, de 11 de julio de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de elaboración de comidas para pacientes del Hospital La Merced perteneciente al Área de Gestión Sanitaria de Osuna", convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla (Expte. 35/2021), adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 6 de diciembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio se publicó, igualmente, el 7 de diciembre de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del mencionado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 4.318.014,40 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución de 11 de julio de 2022, el órgano de contratación adjudicó el contrato a la entidad SERUNION, S.A.. La citada resolución se publicó en el perfil de contratante y se remitió a la entidad ahora recurrente el 13 de julio de 2022.

**SEGUNDO.** El 19 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SODEXO IBERIA, S.A. contra la resolución citada en el antecedente previo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, todo lo cual fue recibido en este Órgano.

Mediante escritos de 12 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad SERUNION, S.A.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto, aun cuando sustantivamente se impugna la exclusión, el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, debiendo estarse al citado acto de adjudicación para analizar los requisitos de procedibilidad del recurso.

Así, pues, el recurso especial resulta procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 11 de julio de 2022 que fue publicada en el perfil y remitida a la ahora recurrente el 13 de julio, por lo que el recurso presentado el 19 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación, del documento de clasificación de las ofertas, del acuerdo de la mesa por el que se excluye su oferta al no superar el umbral mínimo de 20 puntos establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado “área de valor técnico” y del informe técnico del que trae causa dicho acuerdo; e insta la retroacción de actuaciones para que, previa admisión de su proposición, la misma sea valorada con parámetros objetivos o, al menos, análogos a los utilizados para la evaluación de las proposiciones de los restantes licitadores.

Asimismo, solicita el acceso completo al expediente de contratación con copia del primer informe técnico sobre valoración de las proposiciones con arreglo a criterios de evaluación no automática.

Con carácter previo al examen de las alegaciones de las partes, procede señalar los siguientes datos de interés que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación:

**1)** El apartado 6.4.1 del PCAP "Documentación a incluir en el sobre electrónico nº2" establece que:
*«La documentación técnica que contenga este sobre debe dar respuesta a los requisitos del pliego de prescripciones técnicas y a los criterios de adjudicación no automáticos que se especifican en la cláusula 7.4 de este Pliego.*
*Aquellas ofertas que no cumplan estos requisitos expuestos en cuanto a las características de la documentación de la oferta técnica presentada no serán valoradas.*
*Contendrá los documentos donde se reflejen las características técnicas de la oferta del licitador, en relación con la realización del objeto del contrato y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas.*
*En concreto, incluirá una memoria donde se reflejen las características técnicas de la oferta de la persona licitadora (documentación relacionada con el criterio de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor (criterio de adjudicación nº 3: Área de valor técnico: Presentación y calidad del Plan funcional/Memoria técnica)) y cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación.*
*Los contenidos presentados en las ofertas técnicas deberán facilitar su valoración, centrándose en los compromisos reales adquiridos por el ofertante para el servicio objeto de contratación y ciñéndose de forma precisa a los aspectos valorados como criterios de adjudicación.*
*Las empresas licitadoras deberán presentar un Plan de Trabajo o Plan Funcional que contenga la propuesta de organización de recursos humanos y materiales, así como aquellos aspectos técnicos relacionados con el objeto del contrato que sean susceptibles de ejecución por el licitador. Además de la documentación correspondiente, tanto de carácter justificativo como explicativo, que deberá incluir la citada memoria o Plan Funcional, ésta, deberá hacer referencia, en todo caso, a los siguientes aspectos:*
*A) Aspectos tecnológicos que incorpora el licitador y que pudieran repercutir en la organización de las condiciones del trabajo, calidad y seguridad alimentaria. Partiendo del Plan General de Higiene y del protocolo de actuación en mantenimiento en cada centro.*
*B) Aspectos estructurales que mejora el licitador y que pueden repercutir en la mejora de las condiciones de trabajo, calidad y seguridad alimentaria, así como de confortabilidad. Incorporación de contadores para medir consumos energéticos y de agua, establecidos en el PPT para la Agrupación de Lotes.*
*C) Instalaciones, mobiliario y material.*
*D) Calidad del menaje.*
*E) Propuesta de organización y procedimientos de trabajo*
*• Compras y aprovisionamientos.*
*• Gestión de dietas, menús y alimentos.*
*• Elaboración. Emplatado y distribución.*
*• Menaje.*
*F) Prestación de servicios y asesoramiento técnico en nutrición.*
*G) Protocolo de limpieza de cocina general, oficios de plantas y cafeterías, así como de todos los utensilios y equipos que los mismos contengan.*
*H) Protocolo de medidas higiénicas preventiva sobre comportamiento y tareas del personal de elaboración y distribución.*
*I) Protocolo de Controles Analíticos de carácter prospectivo y retrospectivo, a realizar sobre productos crudos, elaborados y envasados, con cargo al Adjudicatario.*
*J) Sistema Informático de Gestión Integral de Dietas (software y hardware).*
*K) Sistemas de control: Plan APPCC y Plan General de Higiene.*
*I) Plan de Gestión ambiental e incorporación de carros para la segregación de residuos.*
*M) Plan de contingencias, frente a situaciones extraordinarias.»*

**2)** El apartado 7.4.1 del PCAP establece los criterios de adjudicación. En concreto, como criterio de evaluación no automática con ponderación máxima de 40 puntos y un umbral mínimo del 50% (20 puntos), se establece el «área de valor técnico» cuya redacción es la siguiente:

«***Presentación y calidad del Plan funcional y estructural /memoria técnica: de 0 a 40 puntos.***

*Para valorar la propuesta técnica del servicio ofertado por los licitadores, se analizarán y se atribuirá la puntuación en consideración al contenido sustancial de la documentación, valorándose las especialidades y peculiaridades diferenciales de cada oferta, así como su coherencia, viabilidad o adecuación al objeto del contrato.*

*La propuesta técnica podrá incluir las medidas que proponga realizar el licitador en caso de resultar adjudicatario, que tengan como objeto mejorar las cualidades intrínsecas del servicio, aportando ventajas directas a su ejecución.*

*Se valorarán las propuestas de las empresas licitadoras que hayan sido admitidas a licitación, se analizarán, calificarán y puntuarán cada una de ellas como sigue:*

*– Conforme a pliego: se valorará como 'conforme a pliego' toda solución que se limite a cumplir de forma estricta con lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas.*

*Valoración: 0 puntos.*

*– Buena: La solución se valorará como buena cuando aporte un valor adicional genérico, según las características propias de cada lote, por encima de lo exigido en el PPT.*

*Valoración: hasta 30 % de la puntuación del subcriterio.*

*– Muy buena: La solución se valorará como muy buena cuando aporte un valor adicional importante al calificado como bueno, que se especifica en detalle, según las características propias de cada lote y con medidas de actuación precisas y/o innovadoras. Valoración: hasta 70 % de la puntuación del subcriterio.*

*– Optima: La solución se valorará como optima cuando aporte un valor adicional al calificado como muy bueno que además supera comparativamente de manera amplia lo ofrecido por los demás licitadores. Valoración: hasta 100% de la puntuación del subcriterio.*

*Se justificarán en informe técnico elaborado a instancias de la Mesa de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 146.2 b), 150.1 y 157.5 de la LCSP.*

*La puntuación total obtenida en este criterio será la suma de las obtenidas en los subcriterios siguientes:*

- ***Aspectos tecnológicos** que incorpora el licitador y que pudieran repercutir en la organización de las condiciones del trabajo, calidad y seguridad alimentaria. Partiendo del Plan General de Higiene y del protocolo de actuación en mantenimiento en cada centro. (Hasta 10 puntos).*
- ***Aspectos estructurales** que mejora el licitador y que pueden repercutir en la mejora de las condiciones de trabajo, calidad y seguridad alimentaria, así como de confortabilidad. Incorporación de contadores para medir consumos energéticos y de agua, establecidos en el PPT. (Hasta 10 puntos)*
  - *• Instalaciones, mobiliario y material.*
  - *• Calidad del menaje.*
  - *• Sistema Informático de Gestión Integral de Dietas (software y hardware).*
- ***Propuesta de organización y procedimientos de trabajo**: (Hasta 10 puntos)*
  - *• Compras y aprovisionamientos. Gestión de dietas, menús y alimentos. Elaboración. Emplatado y distribución.*
  - *• Menaje.*
  - *• Prestación de servicios y asesoramiento técnico en nutrición.*
  - *• Protocolo de limpieza de cocina general, oficios de plantas y cafeterías, así como de todos los utensilios y equipos que los mismos contengan.*
  - *• Protocolo de medidas higiénicas preventiva sobre comportamiento y tareas del personal de elaboración y distribución.*

*• Protocolo de Controles Analíticos de carácter prospectivo y retrospectivo, a realizar sobre productos crudos, elaborados y envasados, con cargo al Adjudicatario.*

- ***Planes de actuación: (Hasta 10 puntos)***
  *• Sistemas de control: Plan APPCC y Plan General de Higiene.*
  *• Plan de Gestión ambiental e incorporación de carros para la segregación de residuos.*
  *• Plan de contingencias, frente a situaciones extraordinarias.»*

**3)** Según consta en acta de la sesión de 8 de abril de 2022, la mesa de contratación no acepta el informe técnico de valoración de las ofertas según criterios de evaluación no automática. Al respecto, se indica que: *«Se entrega por parte de la Secretaria el Informe Técnico de criterios no automáticos, no siendo aceptado por los miembros de la Mesa de Contratación, por lo que se envía de nuevo a la Comisión Técnica para su modificación»*.

**4)** Según acta de la sesión de 22 de abril de 2022, se acepta por la mesa el informe técnico emitido y se acuerda elevar al órgano de contratación la exclusión, entre otras ofertas, de la de SODEXO IBERIA, S.A. por no superar *«el límite técnico de 20 puntos»* establecido en el PCAP.

Expuestos los extremos de interés para analizar la controversia, comenzamos con las argumentaciones de las partes.

a) Alegaciones de la entidad recurrente.

Con carácter previo, manifiesta que el contenido del primer informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor nunca fue publicado ni notificado a los licitadores, desconociéndose su contenido y el motivo por el que fue solicitado el segundo informe técnico; e insta de este Tribunal, como primer otrosí de su escrito de recurso, que se facilite acceso completo al expediente y, por tanto, copia del primer informe.

En segundo lugar, esgrime que la valoración de las proposiciones con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor que consta en el segundo informe técnico aceptado por la mesa de contratación no se ajusta a derecho y vulnera los principios de transparencia, concurrencia, objetividad y de igualdad de trato de los licitadores.

Aduce que los criterios de exclusión deben ser absolutamente claros y objetivos, pues lo contrario supone una clara vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato e insiste en que se han valorado y puntuado aspectos de las ofertas de otros licitadores que no se han tomado en consideración y se han omitido en la suya, siendo contrario a derecho la exclusión de su proposición sobre la base de una valoración tan subjetiva.

En tal sentido, señala, invocando doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que los pliegos han de tener un determinado grado de concreción que permita a los licitadores conocer debidamente los criterios de valoración y de exclusión y si bien en este supuesto concreto el PCAP determina que es causa de exclusión no alcanzar el umbral mínimo del 50% en la puntuación del área de valor técnico, la discrecionalidad debe basarse en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos para poder garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato, sin permitir que el órgano técnico evaluador goce de una absoluta discrecionalidad o arbitrio a la hora de ponderar las ofertas.

Para llegar a tal conclusión, la recurrente va analizando y comparando su oferta y la del resto de licitadores en los distintos subcriterios en que se divide el criterio de adjudicación “área de valor técnico”, para intentar demostrar que se han superado los límites de la discrecionalidad técnica con vulneración de los principios básicos de la

contratación - y sobre todo, el principio de igualdad- al no haberse valorado en su proposición aspectos o mejoras sí puntuadas en las otras ofertas. Tales argumentos serán analizados conjuntamente con las alegaciones del resto de las partes en las consideraciones que este Tribunal efectúe en el siguiente fundamento.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso y esgrime , en síntesis, que:

-La valoración de las proposiciones corresponde a la mesa de contratación y solo el informe que haya sido aprobado por esta es el que debe formar parte del expediente, siendo los informes anteriores meros borradores u opiniones emitidos por la comisión técnica que no han servido de base para la toma de la decisión administrativa que, en última instancia, constituye el acuerdo objeto de impugnación.

-La recurrente realiza una impugnación indirecta de los pliegos que, por otro lado, aceptó al presentar su proposición; y solo cuando comprueba que la licitación no le beneficia es cuando decide que los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP no son válidos.

- El órgano técnico evaluador no ha superado los límites de la discrecionalidad técnica en la valoración de las proposiciones. Para ello, el informe del órgano de contratación se detiene en los aspectos donde la recurrente realiza el análisis comparativo de su oferta con las de otros licitadores para discrepar de los argumentos esgrimidos por aquella y concluir que se trata de un juicio técnico paralelo al de la comisión técnica que no puede prevalecer sobre el de esta.

c) Alegaciones de la entidad adjudicataria del contrato, como interesada en el procedimiento.

Se opone a los argumentos en que se sustenta el recurso con razonamientos similares a los del órgano de contratación, centrándose en las bondades de su oferta respecto a las de la recurrente en los términos que más adelante se expondrán al desarrollar los aspectos controvertidos.

**SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

En primer lugar, hemos de pronunciarnos sobre la solicitud de acceso al expediente y, en concreto, al primer informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo al criterio de adjudicación “área de valor técnico”. El citado acceso en la sede del órgano competente para resolver el recurso viene regulado en el artículo 52 de la LCSP en los siguientes términos: «*1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*
*2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.*
*3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez*

*días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».*

De este modo, la vista del expediente de contratación o de algún o algunos de sus documentos en sede de este Tribunal está subordinada a que, con carácter previo y dentro del plazo de interposición del recurso, los interesados hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación y este incumpla su obligación de facilitarlo. En el presente caso, no consta en el escrito de impugnación que la recurrente solicitara al órgano de contratación vista del expediente y en concreto del informe ahora requerido, extremo que confirma el órgano de contratación.

Así pues, este Tribunal, en sesión celebrada el pasado 11 de agosto de 2022, acordó *"no conceder acceso a la recurrente del expediente de contratación correspondiente al recurso 289/2022, al considerar que la petición no se encuentra amparada en el supuesto previsto en el artículo 52.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (no hubo solicitud previa ante el órgano de contratación)".*

Por lo demás, la recurrente solo indica que el contenido del primer informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor nunca fue publicado ni notificado a los licitadores, desconociéndose su contenido y el motivo por el que fue solicitado el segundo informe técnico. No obstante, no menciona si tal proceder del órgano de contratación constituye una infracción del ordenamiento jurídico que deba ser corregida, ni solicitó en su momento al órgano de contratación el citado informe, por lo que huelga ya pronunciarse sobre el contenido del mismo que, siendo facultativo para la mesa de contratación según lo estipulado en el artículo 157.5 de la LCSP *«Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego»*, no fue determinante de su decisión al no resultar aceptado por esta.

Así pues, los extremos que denuncia la recurrente -con independencia de que el acta de la mesa en que se rechaza el primer informe técnico pudiera haber contenido mayor motivación- constituirían a lo sumo una irregularidad no invalidante, sin trascendencia en orden a la adjudicación del contrato; máxime cuando dicho informe asigna las mismas puntuaciones totales y parciales a todas ofertas (incluida la de la recurrente) que el segundo y definitivo informe técnico y en nada hubiera alterado el resto de actuaciones acordadas en el procedimiento e impugnadas en el recurso, como el acuerdo de exclusión de la proposición de la recurrente por no superar el umbral mínimo establecido para el criterio sujeto a juicio de valor "área de valor técnico", el documento de clasificación de las ofertas y la resolución de adjudicación.

En segundo lugar, la recurrente impugna la valoración de las ofertas con arreglo al criterio de adjudicación "área de valor técnico" y, si bien a lo largo de su extenso escrito va realizando un análisis comparativo de la valoración de su proposición y la del resto de ofertas, parece extender igualmente sus argumentos impugnatorios al PCAP al considerar que su redacción no es suficientemente explicativa o detallada para garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato en la posterior valoración de las proposiciones.

Sobre tal cuestión, este Tribunal tiene una consolidada doctrina a propósito del recurso indirecto contra los pliegos con motivo de la impugnación de un acto posterior del procedimiento de adjudicación. Así, en nuestra Resolución 194/2019, de 19 de junio -reiterada en otras posteriores como la 104/2021, de 25 de marzo y la 238/2022, de 20 de abril – señalábamos que la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por

lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda” y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos.

También hemos sostenido en las citadas resoluciones que la única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato. Además, ya señalábamos que este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En el supuesto analizado en la presente resolución, la impugnación indirecta del PCAP en cuanto al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor no puede determinar la anulación de aquel, al concurrir la regla general sin excepción de que los pliegos fueron aceptados por la recurrente y no impugnados en su momento procedimental oportuno, sin que además se solicite su nulidad en el recurso examinado. La referencia a los pliegos en el recurso no va dirigida a tal pretensión de anulación, sino a profundizar en la inadecuada valoración de las ofertas propiciada por la discrecionalidad absoluta que a tal efecto confieren aquellos.

Resta, pues, analizar si la valoración de las ofertas realizada en el informe técnico con relación al “área de valor técnico” -y que ha determinado la exclusión de la proposición recurrente- es o no ajustada a derecho. Y como punto de partida del debate, hemos de acudir a la doctrina de todos los órganos de resolución de recursos contractuales y de los tribunales de justicia sobre la discrecionalidad técnica. En concreto, este Tribunal tiene una asentada doctrina sobre la cuestión (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo), según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y que solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

En tal sentido, como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores o evaluadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que *«la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega».*

Partiendo de esta premisa, hemos señalado que la labor de este Tribunal no alcanza a la revisión de los juicios técnicos emitidos al respecto, sino a la labor de verificación de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional de la Administración, entre los que cobran especial relevancia la igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad. De este modo, la adecuada motivación en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es una de las funciones que facilita el control de legalidad de la adjudicación o de la exclusión, como sucede en el caso aquí examinado.

En definitiva, pues, los criterios evaluables en función de juicios de valor, como sucede con el criterio "área de valor técnico" en nuestro caso, tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que, por sus características, no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis.

Sobre la base de la doctrina expuesta, comenzamos con el análisis de las alegaciones de las partes a propósito de la valoración contenida en el informe técnico de 11 de abril de 2022.

**(a)** Así, la recurrente señala que, en lo relativo a los **aspectos tecnológicos** (máximo de 10 puntos), su oferta recogía (i) herramientas que refuerzan la gestión del centro en materia de gestión de personal, organización de menús, seguridad alimentaria, control de análisis de peligros y puntos de control críticos y mantenimiento preventivo y gestión de proveedores, entre otros; (ii) termógrafos en todos los equipos de refrigeración para control y registro de las temperaturas de todas las cámaras y (iii) batería de programas informáticos y aplicaciones desarrolladas por dicha licitadora para la organización del trabajo, control de calidad y seguridad alimentaria.

Pese a ello, aduce que su oferta ha recibido dos puntos en este subcriterio siendo calificada como «buena» con los siguientes argumentos:
a) El programa de gestión integral cumple con los requisitos básicos establecidos en el PPT, sin mejorar las condiciones del pliego de prescripciones técnicas (PPT).
b) El Hospital no tendrá acceso directo y continuo al registro de presencias, sino solo tras su solicitud y en un plazo de 48 horas.
c) No se valora la propuesta de reparación de equipos, al considerar que la actual contratista entregará dichos elementos en perfecto estado de funcionamiento.
d) El plan de higiene y el de mantenimiento son valorados como básicos.

La recurrente se opone a tal valoración señalando que del informe técnico se desprende (i) que ha sido objeto de valoración el hecho de que las aplicaciones sean desarrolladas por el propio licitador, lo que no se ha aplicado en su caso pese a ofrecer aplicaciones informáticas propias, (ii) que se le ha penalizado por no mencionar la disponibilidad inmediata de los registros de presencia cuando ello obedece al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal al ser la responsable del tratamiento de dichos datos, (iii) que no se ha tenido en cuenta la mejora consistente en un sistema 3M para el control de la limpieza, ni el protocolo de higienización de frutas y verduras, (iv) que se ha tenido en cuenta a otra licitadora un programa de gestión de mantenimiento asistido por ordenador (GMAO) y que idéntica propuesta formulada por ella -que se concreta en la utilización del programa de gestión de mantenimiento MÁXIMO- no ha sido valorada por la comisión técnica, (v) y que se ha omitido la valoración en su oferta de ciertos elementos que sí se han considerado en las valoraciones del resto de proposiciones como el sistema de control de temperatura en cámaras, el cierre de la zona del tren de lavado de carros, el protocolo COVID Bureau Veritas y la gestión del desperdicio alimentario. Y concluye que «*las dos propuestas mejor valoradas (MEDITERRÁNEA y SERUNIÓN) han*

*recibido una puntuación de 7 puntos cada una, sin embargo, la puntuación otorgada a SODEXO ha sido de 2 puntos, a pesar de incluir en su propuesta SEIS elementos que sí han sido valorados a las empresas antes mencionada»*.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso señala, en síntesis, (i) que obvia la recurrente que en el plan funcional se mencionan, al menos, 13 programas informáticos de gestión de diversos aspectos, siendo solo uno de ellos (el programa MÁXIMO) el creado por la propia SODEXO, que tampoco aclara la posibilidad de modificación o adaptación, no constituyendo por tanto una mejora respecto al PPT a juicio de la comisión técnica, (ii) que, en el control de presencias, *«si al final va a ceder los datos, no vemos diferencia en que la empresa los ceda en 24 horas, en 48 o de forma inmediata, pues al final va a terminar cediéndolos. Téngase en cuenta que PCAP recoge en el Anexo XI un acuerdo de confidencialidad que vincularía a ambas partes. Asimismo, cualquier cesión de los datos deberá fundarse en la necesidad por la Administración, en el ejercicio de sus competencias, de conocer los datos de trabajadores con presencia física en el centro de trabajo, debido a que la ley de Protección de datos establece la imposibilidad del tratamiento de os datos para fines diferentes de los que motivaron su recogida, salvo que así lo consienta el afectado o la Ley lo prescriba»,* (iii) que en el plan de higiene *«valorado como básico en comparación con la licitadora ARAMARK, obvia nuevamente la recurrente que la oferta de ARAMARK conlleva una mejora pues el lavado con hipoclorito se controla con tiras reactivas, cosa que no ocurre en la oferta de SODEXO, admitiendo la recurrente que el lavado es obligatorio y por lo tanto requisito mínimo»*, (iv) que en el plan de mantenimiento *«el programa de Mediterranea de catering permite el acceso telemático, mediante usuario y contraseña, al personal responsable del Centro, conociendo el estado de los equipos en tiempo real. En el programa de mantenimiento MÁXIMO de SODEXO esto no ocurre»,*(v) que en cuanto al sistema de control de temperaturas, el sistema de la recurrente carece de alarma sonora en caso de elevación de temperatura afectando con ello al posible tiempo de reacción, principal diferencia respecto a las demás ofertadas y (vi) que respecto a la seguridad alimentaria, *«se hace una comparación entre la oferta de Mediterránea de Catering que oferta una división entre la cinta de emplatado y el resto de la cocina y SODEXO que oferta el cierre del tren de lavado y la zona de lavado de carros. Evidentemente no es lo mismo una oferta que otra, y así lo ha valorado la Comisión».*

Finalmente, la entidad interesada se opone a los argumentos del recurso en cuanto a las irregularidades detectadas en la valoración de las proposiciones, centrando sus argumentos en aquellos aspectos que afectan a la evaluación de su propia oferta.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes respecto a la valoración de este primer subcriterio y, examinada la justificación o motivación que en el informe técnico se hace de las puntuaciones otorgadas a cada una de las ofertas, este Tribunal no aprecia que el órgano técnico evaluador haya superado los límites de la discrecionalidad técnica incurriendo en error, arbitrariedad, falta de motivación o desviación de poder. La mayor puntuación sobre un máximo de 10 puntos otorgada a las ofertas en el subcriterio examinado es la siguiente:

-ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.: 3 puntos (buena).
-EUREST COLECTIVIDADES, S.L.: 0 puntos (conforme al pliego).
-MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.: 7 puntos (muy buena)
-SERUNION, S.A.: 7 puntos (muy buena).
-SODEXO IBERIA, S.A.: 2 puntos (buena).

Así, el informe técnico justifica las puntuaciones otorgadas y una lectura del mismo permite comprender por qué unas proposiciones están más valoradas que otras. Las alegaciones de la recurrente basadas en que no se han puntuado en su oferta aspectos o elementos que sí se han tenido en cuenta para otras proposiciones no pueden prosperar a la vista de la respuesta razonada del informe al recurso donde se evidencia que, donde la recurrente ve desigualdad de trato en la valoración de su oferta respecto a otras, existen diferencias que avalan la distinta puntuación, extremos que quedan asimismo reflejados en el informe técnico.

Es por ello que este Tribunal no puede estimar las alegaciones de la recurrente con relación a los aspectos tecnológicos de las ofertas (primer subcriterio sujeto a juicio de valor). Sus apreciaciones suponen un juicio técnico paralelo al del órgano evaluador de la Administración que no puede prevalecer sobre el de dicho órgano, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación que, a nuestro juicio, no se aprecia en el informe técnico analizado.

**(b)** Respecto a **los aspectos estructurales** (máximo 10 puntos), la recurrente sostiene que su oferta recibe 4 puntos con la calificación de muy buena, si bien la comisión técnica ha omitido valorar determinados aspectos que sí se han tenido en cuenta en otras proposiciones como la realización de auditoría energética y sustitución a equipos eficientes, así como el menaje especial de polipropileno reutilizable para pacientes ingresados en la unidad de salud mental.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la recurrente vuelve a esgrimir comparaciones con los otros licitadores reconociendo incluso que hay aspectos -como la colocación de contadores intermedios para los suministros de cocina- que se le han valorado a ella y no a alguna otra oferta.

Por último, la interesada en el procedimiento (SERUNION, S.A.) sostiene que la recurrente omite un elemento que ofrece el resto de licitadores como es aportar un software propio de dieta que permita cualquier adaptación o modificación para la gestión de la dieta del paciente y del menú de su acompañante. Señala que esta posibilidad la ofrece adecuadamente la aplicación NUTRIPLAN, que se integra dentro del sistema del hospital gestionando el menú del paciente; mientras que la herramienta que ofrece la recurrente trata el menú del acompañante como una “cama adicional de la habitación” y ya se indica en el informe que esto no es apropiado. Por tanto, concluye que la diferencia en la puntuación deviene de otros aspectos mejorables ya reseñados en el informe.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes y el informe técnico sobre valoración de las ofertas en este subcriterio, tampoco puede darse la razón a la recurrente. Esta se centra en aspectos que, a su juicio, no han sido considerados en su proposición y sí en otras, pero parece obviar parte de la justificación contenida en el informe técnico donde se explicitan aspectos de su oferta que no suponen ventaja alguna y que serían mejorables.

Así, se indica en el informe técnico que el cuchillo que aporta no es de acero inoxidable completamente lo que supone que la hoja de cuchilla y el mango se despeguen con el uso, el vaso de cartón con tapadera es básico y no aisla temperatura, la bandeja para merienda es resbaladiza, el bol y cuenco no llevan tapadera y los carros de transporte son abiertos y no se proponen medidas para conservar la temperatura durante el traslado de la comida. Por otro lado, el software de dietas no asocia el menú del acompañante al del paciente, explicando el informe técnico el problema que ello conlleva, extremo este que parece solventado en otras ofertas.

En definitiva, estos aspectos mejorables de la proposición recurrente sí se ofertan válidamente por otros licitadores y así se hace constar en el informe técnico combatido, si bien la recurrente no se centra en estos extremos -que no le favorecen- sino en otros que, a su juicio, no le han sido puntuados. Tal apreciación no deja de ser un juicio subjetivo que, en modo alguno, puede prevalecer sobre el criterio técnico del órgano evaluador. Nuevamente la doctrina sobre la discrecionalidad técnica impide estimar el recurso respecto al subcriterio examinado, al no acreditarse que se hayan superado sus límites.

**(c)** En cuanto al subcriterio «**propuesta de organización y procedimientos de trabajo**», la recurrente alega que su proposición ha recibido 5 puntos sobre un máximo de 10 con la calificación de muy buena, oponiéndose a tal valoración con los siguientes argumentos:
-La comisión técnica valora negativamente la distribución de materias primas mediante red logística propia, y muestra su preferencia por la distribución directa del fabricante al punto de entrega de consumo, al tener esta

una menor repercusión en el stock. Por ello, tiene en consideración los stocks mínimos propuestos por otras empresas licitadoras, no así los ofrecidos por la recurrente.
-La comisión técnica interpreta erróneamente la referencia al aceite de palma.
-La comisión técnica refiere discrepancias en los horarios y cuadrantes de personal. Estas cuestiones se aclararon verbalmente en reuniones individuales realizadas con los licitadores, a cuyas actas no ha tenido acceso. En cuanto a la presencia de dietistas, únicamente se valora que estarán presentes 98 horas semanales, pero no la posibilidad de elección de menú a pie de cama mediante la entrega de dípticos para la muestra visual de los menús del día siguiente, con un campo de observaciones para sugerencias o comentarios, ni la educación para la salud como parte de las funciones del personal de dietética. Sí se valora la elección de menú a pie de cama a otros licitadores.
-La comisión técnica realiza una serie de puntualizaciones sobre el plan de limpieza como que no se mejoran las frecuencias de limpieza del PPT, que el plan diario es básico y la gestión de limpieza no está bien organizada en lo que a turnos respecta. Pero no se ha tenido en cuenta la limpieza especial anual ofertada, ni el sistema de limpieza 3M para el control de la misma ni otras mejoras; contrastando esta valoración restrictiva con la realizada a otras entidades licitadoras.
-En cuanto a la realización de controles analíticos de presencia de microorganismos, la comisión técnica interpreta erróneamente que se realizarán dos veces al año, si bien se indica en la oferta que una empresa externa de calidad realizará visitas de supervisión un mínimo de 2 veces al año. Así pues, su propuesta iguala la realizada por la adjudicataria que ha recibido una puntuación global en este subcriterio de 8 puntos.
-La comisión técnica omite aspectos de su oferta que sí se han sido valorados al resto de licitadores como menús triturados para pacientes con dificultades de deglución y menú infantil, encuestas de satisfacción, formación en prácticas de limpieza y protocolo COVID-19. Y concluye que *«las dos propuestas mejor valoradas (MEDITERRÁNEA y SERUNIÓN) han recibido una puntuación de 9 y 8 puntos respectivamente, sin embargo, la puntuación otorgada a SODEXO ha sido de 5 puntos, a pesar de incluir en su propuesta CUATRO elementos que sí han sido valorados a las empresas antes mencionadas y que no han sido tenidos en cuenta»*.

La interesada en sus alegaciones al recurso opone, en síntesis, que el informe técnico deja claro que se valora negativamente el sistema de compras y aprovisionamientos ofrecido por la recurrente y, respecto al personal y organización del trabajo, quedan patentes en aquel las discrepancias en cuanto a horas y horarios que presenta su oferta técnica. Además de ello, la comisión técnica considera que la recurrente no garantiza la cobertura de presencias de personal para la realización de tareas de limpieza.

Vistas las alegaciones de las dos entidades licitadoras y examinado el informe técnico se vuelve a observar que la recurrente insiste en extremos no valorados en su proposición y sí en la de otros licitadores, sin considerar que el informe técnico valora negativamente determinados extremos de su proposición que han debido influir en la valoración global otorgada a su oferta como es el sistema de organización de compras y aprovisionamiento o las discrepancias en los horarios de entrada y salida del personal, extremos que la recurrente no desvirtúa en su escrito de recurso pues resulta insuficiente, a efectos de acreditar lo contrario, indicar que *«Estas cuestiones se aclararon verbalmente en reuniones individuales realizadas con los licitadores, a cuyas actas SODEXO no ha tenido acceso»*, lo que en realidad vendría a evidenciar que la oferta presentada sí incurría en dichas discrepancias.

Sobre esta base, el Tribunal considera que la puntuación alcanzada por la recurrente es el resultado de un conjunto de aspectos de su oferta, al igual que ocurre con la del resto de licitadores. Quiere ello decir que la igualdad de puntos con las ofertas más valoradas a que aspira la recurrente no puede justificarse solamente en que su proposición ofrece mejoras que no se le valoran y sí a otros licitadores, pues ni tales mejoras tienen que coincidir exactamente, ni puede omitirse en la valoración tanto otros aspectos negativos de su proposición, como otros elementos positivos del resto de licitadores.

Ya hemos indicado, conforme a la doctrina de este Tribunal, que los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que, por sus características, no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis. Es por ello que tampoco esta alegación del recurso puede estimarse.

**(d)** Respecto a los **planes de actuación** (10 puntos como máximo), la recurrente alega que su oferta recibe 6 puntos y esgrime, en síntesis, lo siguiente:
-La comisión técnica enuncia, sin entrar a valorar, la inclusión en su oferta de «*un Plan de Actuación APPCC y de un Plan de Higiene»,* que en cambio valora a otros licitadores, obviando el hecho de que siendo SODEXO IBERIA S.A. la actual prestataria no necesita implantación.
-La comisión técnica se limita a indicar que el plan de gestión ambiental es adecuado, pero omite valorar las certificaciones ISO 9001, ISO 14001, ISO 22000, ISO 50001, ISO 15001 a diferencia de lo realizado con otros licitadores donde el informe técnico menciona que disponen de certificados de calidad.
-Se aprecian diferencias evidentes en la valoración de los menús de seguridad, cocinas centrales y plan de contingencia de personal de su oferta con la indicación de estos extremos en las ofertas de otros licitadores.

En sus alegaciones al recurso, la interesada opone que precisamente, en pro de la igualdad de trato, el hecho de que la recurrente sea actual adjudicataria no puede suponerle una ventaja competitiva, de modo que debe ajustarse al PCAP y realizar el cronograma previendo la puesta en marcha de los planes de seguridad alimentaria.

Pues bien, tampoco pueden acogerse las alegaciones de la recurrente en cuanto a la valoración de su oferta en este último subcriterio y ello, por cuanto ya hemos señalado a lo largo de esta resolución. En definitiva, las mayores puntuaciones de otras proposiciones no solo radican en los extremos donde la recurrente aduce desigualdad de trato por haber sido igualmente ofertados por ella.

Además, la mera mención del «plan de actuación APPCC y plan de higiene» en el informe técnico no significa que tal circunstancia se haya valorado negativamente en su oferta, y en cualquier caso, parece evidente que el alegato del recurso referido a la no necesidad de implantar tales planes por ser la actual adjudicataria no puede suponerle tampoco ningún tipo de ventaja respecto a los otros licitadores.

Con base en todas las consideraciones realizadas el recurso debe ser desestimado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SODEXO IBERIA, S.A**. contra la resolución, de 11 de julio de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de elaboración de comidas para pacientes del Hospital La Merced perteneciente al Área de Gestión Sanitaria de Osuna", convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla (Expte. 35/2021.)

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.