

Recurso 325/2024
Resolución 364/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 6 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **SERUNION, S.A.U. e IBÁÑEZ Y GARCÍA, S.L.** contra la resolución de 31 de julio de 2024 por la que se adjudica el lote 32 del contrato denominado «Servicio público de comedor escolar y programa de refuerzo en alimentación infantil (PRAI) en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional», (Expediente CONTR 2024 0000191525), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de mayo de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 231.345.991,21 €.

A la presente licitación le es de aplicación 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 31 de julio de 2024 se acuerda adjudicar el lote 32 del contrato citado en el encabezamiento a la entidad ARAMARK SERVICIOS DE CATERING SL (SOCIEDAD UNIPERSONAL) (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 22 de agosto de 2024, las entidades SERUNION, S.A.U. e IBÁÑEZ Y GARCÍA, S.L., que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante la UTE recurrente), presentaron en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución adjudicación antes citada. Entre otras cuestiones, la recurrente solicita vista de expediente en las oficinas de este Órgano.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 23 de agosto de 2024, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede con fecha 27 de agosto de 2024.



El 28 de agosto de 2024 este Tribunal denegó el acceso al expediente por las razones que se indicarán en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado las formuladas por la entidad adjudicataria.

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.

Las recurrentes ostentan legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de licitadoras en el procedimiento de adjudicación del lote 32, en el que han participado con el compromiso de constituirse en UTE, en caso de resultar adjudicatarias.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone 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 poder adjudicador por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación 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, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la resolución de adjudicación del lote 32 del contrato fue notificada a UTE recurrente el 2 de agosto de 2024, por lo que el recurso presentado el 22 de agosto de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal *“que estime el recurso especial en materia de contratación y, en consecuencia, resuelva de conformidad con lo alegado por la UTE, según lo expuesto en el presente recurso.”*

Asimismo, solicita *“Que, conforme lo previsto en el artículo 52.3 de la LCSP, considerando que esta parte no pudo tener acceso a la totalidad de la documentación presentada por ARAMARK a efecto de justificar su oferta al declararse la misma como confidencial, se solicita a este Tribunal conceder a esta parte el acceso al expediente de contratación una vez sea remitido por parte del órgano de contratación para que pueda completarse el presente recurso y sirva de prueba o; en su caso, requiera a ARAMARK para que aporte la justificación de viabilidad de su oferta al Lote 32 en los mismos términos que la información previamente aportada en los recursos especiales en*



materia de contratación presentados contra su exclusión, a efecto de que este Tribunal pueda constatar que la oferta presentada por la ahora adjudicataria efectivamente incluye los costes del servicio PRAI.”

La recurrente funda su recurso en las alegaciones que, de manera breve, se exponen a continuación, sin perjuicio de que se profundice en ellas a la hora de exponer las consideraciones de este Tribunal en el fundamento de derecho siguiente, denunciando que hay un error en el informe técnico que analiza la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

Aun cuando la recurrente no ha tenido acceso a la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta presentada por la adjudicataria, por habersele denegado este por el órgano de contratación, ha accedido a la documentación de los expedientes de recurso especial “*presentados por ARAMARK y empresas que forman parte de su mismo grupo empresarial (como ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES S.A. y COMERTEL, S.A.) contra su exclusión a los lotes 1, 3, 4, 5, 12, 13, 24 a 28, 33 y 36 en el marco del presente procedimiento de licitación, recursos identificados con los números 274/2024, 273/2024 y 271/2024.*”

A la vista de dicha documentación afirma que “*del conjunto de las ofertas presentadas por ARAMARK puede deducirse claramente que el coste de materia prima del servicio PRAI se ha contemplado por parte de la ahora adjudicataria en el cálculo total de los costes de cada uno de los lotes a los cuales ha presentado oferta y, en consecuencia, en los INGRESOS de los mismos, resultando evidente que exactamente lo mismo ha ocurrido en el Lote 32, ello a pesar de que esta parte no ha podido tener acceso a la justificación de dicho lote al ser declarada dicha documentación como confidencial.*”

Así la recurrente “*supone que en el Informe Comité de Expertos se estén comparando importes calculados en base a parámetros diferentes (Estudio de Viabilidad que no incluye PRAI y la oferta de ARAMARK que incluye PRAI), por lo que entiende esta parte que dicha comparativa no arroja un resultado real que permita verificar la viabilidad económica de la oferta presentada por ARAMARK.*”

En consecuencia, afirma que “*de haberse realizado el estudio comparativo entre el Estudio de Viabilidad sin PRAI y la oferta económica de ARAMARK sin PRAI, la oferta presentada por la ahora adjudicataria resultaría del todo inviable económicamente, con un resultado económico negativo durante el primer año de ejecución del contrato del Lote 32 por importe de -124.113,56.-€, por lo que procedería su exclusión del procedimiento de licitación.*”

Por ello, entiende que “*procede anular la Resolución de adjudicación y el informe técnico en el que se fundamenta, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado para que el Comité Técnico vuelva a revisar la viabilidad de la oferta de ARAMARK al Lote 32, teniendo en cuenta que deberá realizar su estudio comparativo en base a parámetros similares que permitan verificar realmente la viabilidad económica de la oferta presentada y, una vez realizado el análisis correcto, proceda al rechazo de la oferta de ARAMARK, dado que como se ha demostrado en el motivo anterior, la misma es inviable económicamente.*”

La consecuencia del rechazo de la justificación de ARAMARK ha de ser su exclusión de la clasificación y la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas, tal y como se dispone en el artículo 149.6 párrafo segundo. Lo anterior supone que se ha de proponer la adjudicación del contrato a favor de la UTE.”

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso manteniendo que la actuación de la mesa de contratación es conforme a derecho.



Afirma que “tal como figura en el informe técnico de bajas anormales de fecha 4-7-2024, se incluye en el estudio la partida M. PRIMAS, ELAB., REPARTO (1,96€/1,55€ menú) con el siguiente análisis comparativo:

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR	
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	1.741.174,64 €	1.473.931,00 €	No conforme. Ver justificación del licitador en párrafo que se reproduce (nota 7) y comentarios de la Unidad Técnica

Este importe de 1.473.931,00 € tal como la unidad técnica lo transcribió a su informe es, conforme a la justificación presentada por ARAMARK, la suma de varias partidas de consumos de materias primas, incluida la relativa al PRAI. Luego, efectivamente, como indica la recurrente parece que se han comparado magnitudes de diferente naturaleza. Sin embargo, lo que omite la UTE es que, en dicha justificación, en el apartado de los ingresos, ARAMARK también incluyó la partida correspondiente al PRAI (cantidad que como bien dice la recurrente asciende a 237.994,90 €), por lo que el beneficio declarado sí incluye la aportación al mismo del efecto del PRAI.

En definitiva, lo que en apariencia parece estar a favor de la tesis de la UTE, en realidad la unidad técnica sí tuvo en cuenta esta circunstancia, de modo que al detracer del beneficio industrial las partidas no conformes se determinó que la oferta de ARAMARK era y es viable.

Siguiendo la solicitud de confidencialidad manifestada por ARAMARK en su escrito del 19/8/2024, que consta en el expediente, por la que no autoriza el acceso a terceros a determinada información económica, se adjunta extracto de la cuenta de resultados del lote 32 en la que, respetando los importes totales recogidos en el informe de bajas, se ha omitido el detalle de las partidas que conforman cada partida de ingreso y gasto. Se han señalado en el cuadro las dos partidas relacionadas con los ingresos y gastos del PRAI (antes SYGA). No obstante, ese Tribunal sí puede acceder a dicha información ya que obra en el expediente relativo a los recursos especiales al informe de bajas anormales.

Por otra parte, la recurrente afirma en su página 15:

Como se pone de manifiesto en dicho documento, de haberse realizado el estudio comparativo entre el Estudio de Viabilidad sin PRAI y la oferta económica de ARAMARK sin PRAI, la oferta presentada por la ahora adjudicataria resultaría del todo inviable económicamente, con un resultado económico negativo durante el primer año de ejecución del contrato del Lote 32 por importe de -124.113,56.-€, por lo que procedería su exclusión del procedimiento de licitación.

Para llegar a ese importe la UTE ha realizado el siguiente cálculo: Beneficio industrial (475.773€), menos No conformidades (361.875,40€), menos importe PRAI (237.994,90€), llegando a un resultado de menos 124.097,30€, prácticamente los 124.113,56 que aparecen en el párrafo anterior.

De haber procedido así, como pretende la UTE, la unidad técnica habría detraído doblemente el efecto del PRAI.”

3. Alegaciones de ARAMARK SERVICIOS DE CATERING.

La adjudicataria mantiene que la admisión de su oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad resulta ajustada a derecho, de acuerdo con el principio de discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación y la documentación contractual que rige la licitación.



Así entiende que no ha existido error patente que afecte a la presunción de certeza o razonabilidad de la decisión de admisión de su oferta.

Sus argumentos pueden resumirse como sigue:

“el coste PRAI es un concepto que integra el presupuesto base de licitación y en ese sentido se incluyó en la justificación.

Se trata, en cualquier caso, de un coste que representa un % irrelevante sobre la totalidad de los costes justificados, que debe ser analizado desde el principio de discrecionalidad técnica en la valoración conjunta de la viabilidad de la oferta, sin que queda aplicar el pretendido automatismo que alega la recurrente. Como se indicó también en el fundamento anterior, los criterios que aplicó el órgano de contratación eran “orientativos” tal y como recoge el PCAP, sin que excluya la aplicación de otros criterios ni, por supuesto, la valoración discrecional sobre el conjunto de estos. No existe error patente, por tanto, que permita cuestionar la presunción de certeza o razonabilidad del análisis de la baja realizada por el órgano de contratación.

Como se indicó en el fundamento anterior, el umbral de temeridad se fijó de manera muy rigurosa, evitando bajas económicas que pudieran comprometer el servicio, de manera que el órgano de contratación ha de valorar las ofertas incursas en presunción de temeridad desde esa perspectiva, salvaguardando el principio de concurrencia y selección de la oferta más ventajosa.”

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el acceso al expediente solicitado por la recurrente en la sede de las oficinas del Tribunal.

Al respecto, recordemos que la recurrente solicita a este Tribunal en su escrito de recurso *“Que, conforme lo previsto en el artículo 52.3 de la LCSP, considerando que esta parte no pudo tener acceso a la totalidad de la documentación presentada por ARAMARK a efecto de justificar su oferta al declararse la misma como confidencial, se solicita a este Tribunal conceder a esta parte el acceso al expediente de contratación una vez sea remitido por parte del órgano de contratación para que pueda completarse el presente recurso y sirva de prueba o; en su caso, requiera a ARAMARK para que aporte la justificación de viabilidad de su oferta al Lote 32 en los mismos términos que la información previamente aportada en los recursos especiales en materia de contratación presentados contra su exclusión, a efecto de que este Tribunal pueda constatar que la oferta presentada por la ahora adjudicataria efectivamente incluye los costes del servicio PRAI.”*

Al respecto, consta en la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal, que el 9 de agosto, la recurrente solicitó al órgano de contratación *“acceso al expediente del LOTE 32 en su totalidad (informes, actas, etc.), así como a la oferta presentada por ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L. y a la documentación presentada a efecto de justificar la viabilidad de su oferta.”*

Así mismo, consta que el 21 de agosto tuvo lugar el acto de vista del expediente, si bien en el acta de comparecencia al mismo se hace constar que *“Dado que la empresa ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L. aporta escrito donde considera confidencial la documentación aportada en la justificación de la baja anormal del lote 32, no es posible mostrar la misma al representante de la UTE SERUNION, SA IBAÑEZ Y GARCIA SL.”*

En consecuencia, habiendo tenido ya acceso ante el órgano de contratación del resto de documentación del expediente de contratación, sólo procedería, en su caso, que este Tribunal le concediera acceso a la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, a la que no ha tenido acceso, por



haber sido declarada confidencial por la adjudicataria y así entenderla también el órgano de contratación. Dicha documentación forma parte de la que ha sido remitida a este Tribunal por el órgano de contratación.

Al respecto, el artículo 52 de la LCSP, bajo la denominación de acceso al expediente, dispone lo siguiente:

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.».

En lo que aquí interesa, es preciso destacar que el precepto es claro en cuanto a establecer la confidencialidad como límite del derecho de acceso al expediente.

El artículo 133.1 de la LCSP que regula la confidencialidad dispone que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.”

La adjudicataria comunicó al órgano de contratación que “Dicha confidencialidad se justifica, entre otras, en la medida que en los documentos se aportan datos internos de la empresa, como por ejemplo acuerdos comerciales con proveedores, costes de estructura o costes de absentismo, que en ningún caso tienen carácter público.



Así mismo, otros aspectos que justifican la confidencialidad de la documentación presentada son los siguientes:

- Se considera confidencial por aparecer nombres de clientes o proveedores de ARAMARK, que por ser datos de carácter personal cuya comunicación a partes ajenas al licitador y Administración convocante requeriría un consentimiento escrito del interesado en virtud de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Además, no solo aparecen nombres de clientes o proveedores, sino que se aportan contratos o acuerdos internos y de carácter privado entre ARAMARK y sus proveedores.

- Se considera confidencial porque se muestra la cuenta de explotación y ganancias del contrato, donde se detalla de manera pormenorizada cada gasto en el que incurre ARAMARK, así como los ahorros o ventajas competitivas que tiene como empresa, por lo que no se desea que esta información sea conocida por sus competidores, pues de ser así, nuestra ventaja competitiva desaparecería.

- Se considera confidencial porque contiene información acerca de los procedimientos internos de la compañía, se detalla cómo funcionan y organizan sus cocinas y cómo ARAMARK optimiza los contratos que ejecuta, por tanto toda esta información posee carácter de secreto comercial y que no se desean sean conocidos por la competencia.

- Se considera confidencial porque se indica la estructura organizativa y técnica de ARAMARK con relación directa en el contrato. Se detallan cómo se va a llevar a cabo este contrato desde el punto de vista organizativo de personal y de Recursos Humanos.”

No obstante, la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares en (adelante PCAP), que regula la “Apertura del sobre electrónico nº3 y valoración de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”, dispone:

“La justificación de la valoración de oferta considerada anormalmente baja se realizará por la persona licitadora aportando la documentación donde se justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta.

Sin perjuicio de lo indicado, de manera orientativa se incluirá en el Anexo I -apartado 8 un modelo a tal efecto, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada según modelo del Anexo VII designando qué documentos y datos presentados son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales, sin que pueda darse tal carácter a toda la documentación que se presente.” (el subrayado es nuestro.)

No obstante, aún cuando no debió admitirse la declaración de confidencialidad de toda la documentación justificativa, tras ponderar el derecho de confidencialidad y el derecho de acceso puesto que la finalidad del mismo, es la comprobación de que en la justificación de la oferta de la adjudicataria se ha incluido el coste del servicio PRAI, lo que la recurrente, además, solicita a este Órgano que verifique. Este Tribunal considera que en la citada ponderación debe prevalecer la confidencialidad sobre el acceso cuya finalidad puede ser satisfecha mediante la comprobación del dato por este Órgano. En este sentido, la falta de acceso a la oferta de la persona adjudicataria alegada por la recurrente no le ha originado indefensión material para la interposición de un recurso fundado.

En este sentido, nuestra Resolución 199/2016, al analizar la quiebra del principio de derecho de acceso en relación a la indefensión para poder interponer el recurso, afirma que «Ahora bien, en los recursos fundados en infracción del derecho de defensa ante la falta de motivación de la adjudicación y/o la denegación de acceso a la mayor parte de la oferta del adjudicatario o de cualquier licitador, estas solo tendrán consecuencias directas en el procedimiento si en efecto las circunstancias expuestas se traducen en una efectiva lesión del derecho de defensa de modo que el licitador se vea impedido, ante la falta de información, para interponer un recurso fundado en defensa de sus intereses.



En cuanto a la indefensión, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), y a la doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras muchas, en las resoluciones 39/2013, de 1 de abril y 39/2015, de 10 de febrero, la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, cuestión esta que se abordará más adelante, una vez que se haya analizado el siguiente aspecto del recurso».

Por las razones expresadas, este Órgano acordó en su momento procedimental oportuno, conforme al precepto legal analizado, denegar el acceso solicitado por la entidad recurrente para completar el recurso inicial, que ha seguido su curso legal hasta el dictado de la presente resolución.

2. Sobre el fondo del asunto.

Vistas las alegaciones de las partes procede abordar la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si es erróneo el análisis de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria realizado en el informe técnico de 4 de julio de 2024.

Concretamente, la recurrente alega error en el análisis de la justificación de la partida correspondiente a “*COSTES MASTERIAS PRIMAS DEL MENÚ Y PRAI*”, necesario para prestar los servicios objeto del contrato descritos en el apartado 1 del “*ANEXO I CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO*” del PCAP:

“1. OBJETO DEL CONTRATO⁴ (Cláusula 2)

1.1 El servicio público de comedor escolar, a efectos del presente pliego, comprende la elaboración y distribución de la comida de mediodía, incluido su almacenamiento en las debidas condiciones de higiene y seguridad alimentaria hasta su consumo por los usuarios, preparación de las mesas, platos, vasos, cubiertos, manteles, servilletas, bebidas y todo lo necesario para consumir el menú, así como la retirada y limpieza diaria de los mismos después de la comida, y la limpieza de mesas y local del comedor, así como la atención al alumnado tanto en el tiempo destinado al almuerzo como en los inmediatamente anterior y posterior al mismo.

1.2 El PRAI consistirá en la elaboración y distribución diaria de la merienda y del desayuno del día siguiente, en las debidas condiciones de higiene y seguridad alimentaria hasta su consumo por los usuarios.”

En el apartado 8 “*CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN*” del citado Anexo I se regula el régimen para determinar las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, en lo que aquí interesa, dispone:

“a la vista de las ofertas presentadas, y antes de proceder a la propuesta de adjudicación el órgano de contratación requerirá a los licitadores que incurran en valores anormales o desproporcionados para que justifiquen la valoración de la oferta y aporte la documentación donde se justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta. Sin perjuicio de lo indicado, de manera orientativa se incluye un modelo a tal efecto, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada.

Contenido mínimo ORIENTATIVO para la justificación de las ofertas incursas en baja o anormalidad:

En virtud del art. 149 de la LCSP, a la vista de las ofertas presentadas, y antes de proceder a la propuesta de adjudicación el órgano de contratación requerirá a los licitadores que incurran en ofertas anormalmente bajas



para que justifiquen la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma con arreglo a los siguientes criterios orientativos:

Para cada lote en baja anormal, teniendo como referencia el desglose de costes establecidos en el Estudio de Viabilidad publicado, justificación documental (facturas proforma, copias albaranes, nóminas, pólizas, etc.) de todas las partidas de gasto de explotación estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global, que justifique el suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo, incluyendo el impacto económico de los gastos de las mejoras ofertadas en la cuenta de resultados.

La justificación documental de todas aquellas condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, así como la obtención de ayudas de Administraciones públicas. Concretamente, para el gasto del personal adscrito a los comedores escolares deberá estar referido a las tablas salariales publicadas y actualizadas del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (Resolución de 10 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2022). Será preciso desglosar el nº de horas previsto, el salario bruto y la cuota empresarial a la Seguridad Social para cada tipología. Para los costes indirectos de estructura empresarial deberán imputar (y explicar) un porcentaje fijo sobre la facturación prevista, equivalente al que la entidad expresa en sus cuentas anuales respecto al volumen total de negocio.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes del servicio correspondiente, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación prevista anteriormente.” (el subrayado es nuestro)

Según lo dispuesto en el apartado antes transcrito, el contenido mínimo orientativo se determina en relación con el desglose de costes contenido en el Estudio de Viabilidad. Pues bien, como alega la recurrente y admite el órgano de contratación en su informe al recurso y como este Tribunal ha podido comprobar, en el Estudio de Viabilidad realizado por el órgano de contratación, no se incluye la partida de costes correspondiente al servicio PRAI.

No obstante, siendo un coste necesario para la prestación objeto del contrato, consta en el informe técnico de 4 de julio de 2024 que se incluye el coste de la materia prima del servicio PRAI entre los parámetros a analizar para determinar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, al indicar lo siguiente:

“El análisis no se ha limitado únicamente al aspecto por el que se ha incurrido en la anormalidad de la oferta. La evaluación se ha realizado teniendo en cuenta el tratamiento conjunto de todos los costes que hacen viable la oferta presentada.

En cuanto al formato de la presentación, si bien los pliegos proponen un modelo que ayude a la identificación de las partidas de coste estimadas para la ejecución de un contrato, no se trata de una condición excluyente, en tanto que los licitadores tienen libertad para argumentar sus ofertas.

PARÁMETROS DEL ESTUDIO DE VIABILIDAD SOBRE LOS QUE SE HA REALIZADO EL ANÁLISIS COMPARADO EN CADA LOTE INCURSO EN BAJA A NORMA:

(...)

COSTE DE LA MATERIA PRIMA ALIMENTICIA Y COSTE DE TRANSFERENCIA. (Datos obtenidos de la Consulta preliminar al mercado).

COSTE DE LA MATERIA PRIMA ALIMENTICIA Y COSTE DE TRANSFERENCIA DEL MENÚ.



El adjudicatario asumirá la gestión de compras y provisión de todos los alimentos y material que sea necesario para poder llevar a término la prestación del servicio de comedor empleando materias primas de primera calidad, siempre de acuerdo con lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Se hace una diferenciación en la imputación de este coste, que se estima como aproximación a los datos obtenidos en la consulta preliminar al mercado de manera diferente en función de la modalidad del servicio 2024:

- Modalidad servicio in-situ: El coste asignado en materia prima por comensal/día es de 1,50 €.
- Modalidad servicio en catering: El coste asignado en materia prima por comensal/día incluido costes de transferencia y puesta en el centro educativo es de 1,90€

Dado que la licitación prevé cubrir de septiembre 2024 a junio 2026 se toma finalmente el coste de materia prima 2024 incrementado en un 3,1% conforme a las previsiones a diciembre 2024 del IPC general del FUNCAS arrojando el siguiente coste:

- Modalidad servicio in-situ: El coste asignado en materia prima por comensal/día es de 1,55 €.
- Modalidad servicio en catering: El coste asignado en materia prima por comensal/día incluido costes de transferencia y puesta en el centro educativo es de 1,96€.

COSTE DE LA MATERIA PRIMA DEL PRAI

El adjudicatario asumirá la gestión de compras y provisión de todos los alimentos y material que sea necesario para poder llevar a término la prestación del servicio de PRAI, empleando materias primas de primera calidad, siempre de acuerdo con lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El coste del PRAI se valora en 1,87€ (IVA no incluido) por día y usuario, dato obtenido como la media de la consulta preliminar.”

Así, dicho informe técnico al realizar el análisis económico comparado de la oferta de la adjudicataria al lote 32, en relación con la justificación de la partida que ha motivado este recurso especial indica:

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR	
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	1.741.174,64 €	1.473.931,00 €	No conforme. Ver justificación del licitador en párrafo que se reproduce (nota 7) y comentarios de la Unidad Técnica

En la citada “nota 7” el informe técnico recoge los argumentos de la adjudicataria para justificar dicha partida, así como los motivos por los que considera la no conformidad de la misma:

“CONSIDERACIONES DE LA UNIDAD TÉCNICA (NO CONFORMIDAD)

Es preciso manifestar la especial atención que conlleva el análisis de la justificación de esta partida de coste operacional por su directa afectación en la calidad de los alimentos que componen el menú saludable del alumnado.



En cuanto a la supuesta ventaja que obtiene la empresa por los acuerdos con proveedores que dice tener y que califica de “importantes acuerdos con proveedores que permiten también un ahorro importante de costes”, en todos los casos adolece de los siguientes defectos:

- Ninguno de los acuerdos con proveedores se acompaña de documentos que acrediten su aplicación y vigencia actual, tales como facturas de consumos recientes con aplicación del descuento que se declara.
- Ninguno de los acuerdos se traducen a porcentajes de ahorro cuantificable y veraz, de tal forma que la estimación de este coste pudiera ser verificada con la necesaria trazabilidad respecto a la ponderación de consumos de las distintas familias de ingredientes del menú escolar con el correspondiente descuento comercial de los proveedores.
- Defectos de cumplimentación en los acuerdos, algunos de ellos en lo esencial ya que no están firmados por los proveedores o aportan acuerdos distintos de los que dice tener para el lote al que licita.

Para materias primas ambas modalidades in situ y catering:

1. En el documento JUSTIFICACIÓN se señala Gerardo Mar (panadería), pero en su lugar en el DOC 02 ACUERDO PROVEE_signed aporta documento de otro proveedor del año 2018 Panadería confitería Salvador de Málaga, sin justificar vigencia ni traslación del porcentaje de ahorro pactado en el coste de la materia prima por comensal /día según la modalidad de que se trate.
2. En el documento JUSTIFICACIÓN se señala Grupo Topgel (congelados), pero no aporta documento alguno que sustente su afirmación.
3. En el documento JUSTIFICACIÓN se señala Wenolib S.L. (frutas, verduras), y se aporta en DOC 02 ACUERDO PROVEE_signed documento de 2023 sin firmar por el proveedor.
4. En el documento JUSTIFICACIÓN se señala Elaborados Donan (carne), y se aporta en DOC 02 ACUERDO PROVEE_signed documento de 2024 sin firmar por proveedor referido a ovoproductos sólo para cocina central de Sevilla.
5. En el documento JUSTIFICACIÓN se señala Serhos (coloniales), y se aporta en DOC 02 ACUERDO PROVEE_signed Documento de 2023 sin traslación del porcentaje de ahorro pactado en el coste de la materia prima por comensal /días según la modalidad de que se trate.

Dados los errores y deficiencias que presenta la documentación aportada en estos apartados no pueden ser tenidos en cuenta para justificar una pretendida ventaja competitiva.

Dada la especial relevancia de este ítem económico en relación a las tarifas establecidas en el Estudio de Viabilidad como resultado de la consulta preliminar al mercado (1,96€/menú servido en catering y 1,55€/menú servido in situ), se han tomado las siguientes referencias del cuadro de costes que acompaña la documentación justificativa de la baja anormal, al objeto de conocer la tarifa unitaria por menú en ambas modalidades de servicio, introduciendo por parte de la Unidad técnica la liberalidad de repartir el coste de materia prima ecológica conforme al número de comensales estimados en ambas modalidades.

Nº comidas catering	682.274,00
Coste Materia Prima menú catering	620.869,00
Gastos de Fabricación	211.505,00
Transporte	143.278,00
Ingred. Ecológ (72%)	81.463,68
	1.057.115,68
Precio menú catering	1,55



<i>Numero de comidas in situ</i>	260.592,00
<i>Coste Materia Prima menú in situ</i>	252.774,00
<i>Ingred. Ecológ (28%)</i>	31.680,32
	284.454,32
<i>Precio menú in situ</i>	1,09
<i>Coste Materia Prima Ecológica</i>	113.144,00

Puede observarse que en ningún momento el informe técnico menciona el coste del servicio PRAI en el análisis de los costes de la partida en la que deberían estar incluidos al analizar la viabilidad de la oferta de la adjudicataria al lote 32, a pesar de que en el mismo informe técnico anunciaba que entre los parámetros a considerar se incluiría el “*COSTE DE LA MATERIA PRIMA DEL PRAI*”.

Tras el análisis transcrito, en el informe técnico se admite la viabilidad de la oferta de la adjudicataria al lote 32 en base a las siguientes conclusiones:

“CONCLUSIÓN SOBRE EVALUACIÓN EN LOTE 32

En virtud del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha analizado el desglose y justificación de todas las partidas de gasto de explotación estimadas aportadas por ARAMARK SC durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global del lote 32.

Llama la atención que en la página 3 del informe de Aramark Servicios de Catering SL se refiera a “los principales motivos de los ahorros que tendrá ARAMARK respecto a la memoria relativa al Acuerdo Marco” que aparece en el pliego de licitación, como si fuera un documento justificativo de otra licitación.

No obstante, se ha analizado el impacto económico de todas las partidas de coste que supongan un ahorro en la prestación del servicio de comedor escolar, así como las mejoras en la cuenta de resultados.

Del análisis comparado realizado y de la documentación aportada, se extraen las siguientes partidas no conformes:

	<i>SEGÚN ESTUDIO</i>	<i>SEGÚN LICITADOR</i>	<i>DIFERENCIAS</i>
<i>AMORTIZACIÓN ANUAL EQUIPAMIENTO</i>	101.672,69 €	70.424,00 €	31.248,69 €
<i>COSTE MANTENIMIENTO ANUAL</i>	91.690,95 €	68.768,00 €	22.922,95 €
<i>PRODUCTOS DE LIMPIEZA E HIGIENE</i>	106.469,12 €	66.009,00 €	40.460,12 €
<i>M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)</i>	1.741.174,64 €	1.473.931,00 €	267.243,64 €
			361.875,40 €

La suma de las diferencias no conformes es inferior al margen de beneficio industrial declarado por importe de 475.773€ en virtud del artículo 149 de la LCSP, esta unidad técnica ESTIMA la justificación de la baja anormal en el lote 32 y considera que no se pone en riesgo la viabilidad del servicio, proponiendo al órgano de contratación sea admitida esta oferta en la licitación con la prevención de constituir una garantía adicional en los términos previstos en el PCAP.”



Por otra parte, se ha de analizar si en los importes que se han comparado para analizar los costes de la partida que venimos analizando, materias primas, elaboración y reparto se han incluido los costes del servicio PRAI. Estos son los 1.741.174,64 euros que figuran en la columna correspondiente al Estudio de Viabilidad y los 1.473.931,00 euros que a dicha partida imputa la adjudicataria en su oferta.

Los 1.741.174,64 euros son el coste que en el Estudio de Viabilidad se atribuye a la partida para el primer año de ejecución del contrato del lote 32, que, en el mismo, aparece denominada en el encabezamiento como “*COSTE M. PRIMAS, ELAB. Y REPARTO (1,96€/1,55€MENU)*”, y que resulta de los siguientes cálculos:

Servicio	Modalidad	Cálculo 1er año servicio	Costes MP
Comedor escolar	in situ	1,55.-€ * 1.464 usuarios * 178 días	403.917,60.-€
	catering	1,96.-€ * 3.833 usuarios * 178 días	1.337.257,04.-€
TOTAL COSTES MP comedor escolar			1.741.174,64.-€

En consecuencia, se constata que el coste del servicio PRAI no se incluye en el Estudio de Viabilidad.

Por otra parte, los 1.473.931,00 euros, en que la adjudicataria cifra la partida de costes que venimos analizando, se recogen en el cuadro económico que dicha entidad aporta entre la documentación justificativa de su oferta, remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, con el siguiente desglose:

Coste Materia Prima menú catering	620.869
Coste Materia Prima menú in situ	252.774
Coste Materia Prima Ecológica	113.144
Coste materia prima syga	132.361
Gastos de Fabricación	211.505
Transporte	143.278
Total food cost:	1.473.931

En dicho desglose se imputan 132.361 euros a “*Coste materia prima syga*”, siendo syga la denominación que antes recibía el servicio PRAI.

Se pone así de manifiesto que la adjudicataria sí incluyó en el coste de las materias primas el correspondiente al servicio PRAI, y en consecuencia, como alega la recurrente “*Todo lo anterior supone que en el Informe Comité de Expertos se estén comparando importes calculados en base a parámetros diferentes (Estudio de Viabilidad que no incluye PRAI y la oferta de ARAMARK que incluye PRAI), por lo que entiende esta parte que dicha comparativa no arroja un resultado real que permita verificar la viabilidad económica de la oferta presentada por ARAMARK.*”

Por tanto, resulta patente el error observado por la recurrente en el análisis de la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria en lo referente al coste de materias primas, elaboración y reparto.

Así, siendo el servicio PRAI parte del objeto del contrato, su coste ha de ser considerado en el análisis de la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incurso en presunción de anormalidad, aun cuando el mismo no se contemple en el Estudio de Viabilidad, de hecho el informe técnico lo contempla entre los parámetros a considerar, el órgano de contratación lo incluyó en la Memoria Económica del expediente de contratación y en el apartado 2 del Anexo I del PCAP “*PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y PRECIO DEL CONTRATO*” su precio se incluye en la determinación del precio:



“Importe desglosado del precio del pack individual PRAI

El precio pack alumno/día (PRAI) de la merienda y del desayuno del día siguiente está fijado en 2,06 euros/pack con el siguiente desglose

Concepto	Base imponible	Tipo IVA	Total
Packs desayuno y merienda	1,87 €	10%	2,06 €”

En definitiva, el análisis de la oferta económica de la adjudicataria al lote 32 realizado en el informe técnico de 4 de julio no permite llegar a una conclusión acertada sobre la viabilidad económica de la misma.

Asimismo, se ha tenido en cuenta para la determinación del presupuesto de licitación conforme recoge el apartado antes citado:

“Cálculo del presupuesto de licitación

El cálculo del presupuesto de licitación para cada lote se corresponde con el coste del servicio no asumido por las familias, y responde a la fórmula Coste del servicio de comedor más coste del servicio del PRAI menos coste asumido por familias:

- COSTE DEL SERVICIO DEL COMEDOR= [(Tarifa menú/día) x (Nº usos/día) x (Nº días ejecución)] +
- COSTE DEL SERVICIO DEL PRAI= [(Precio pack PRAI) x (Nº usos/día) x (Nº días ejecución)]
- COSTE ASUMIDO POR FAMILIAS= [(Precio PÚBLICO menú) x (Nº usos/día) x (% NO Bonif. Media) x (Nº días ejecución)]”

Por último, es importante señalar que la consideración del coste de las materias primas del servicio PRAI en el estudio de viabilidad de la oferta económica no es contradictorio con que las licitadoras justifiquen la viabilidad de sus ofertas conforme al modelo previsto en el PCAP si se tiene en cuenta el modo de determinación de la oferta económica previsto en el anexo VIII-A del PCAP, puesto que no se admite que las ofertas económicas contengan descuentos que afecten al coste del servicio PRAI, no incluido en el Estudio de Viabilidad:

“Se compromete a ejecutar el contrato con estricta sujeción a los requisitos exigidos, de acuerdo con las siguientes condiciones ofertadas:

OFERTA ECONÓMICA: DESCUENTO SOBRE BASE IMPONIBLE DE LA TARIFA MENÚ ESCOLAR/DÍA DEL LOTE ___ DEL PRESENTE PLIEGO DE COMEDOR ESCOLAR A FAVOR AGENCIA ___ CÉNTIMOS DE EUROS (en letra.....)

A esta cantidad le corresponde un IVA de céntimos de euros (... .. €).

La oferta económica se expresará como un descuento expresado en céntimos de euros sobre la base imponible de la tarifa/menú/día del lote al que concurre, recogido en la tabla del apartado 2 del ANEXO I del presente Pliego, y será aplicada a la totalidad de los menús consumidos por los usuarios del servicio público. Este descuento no afectará al programa de refuerzo en alimentación infantil (PRAI).

Expresar en número y letra (en caso de discordancia prevalecerá la oferta expresada en letra).



Ejemplos de expresión de ofertas:

- 1 céntimo de euro (*un céntimo*)
- 2 céntimos de euros (*dos céntimos*)
- 85 céntimos de euros (*ochenta y cinco céntimos*)
- 102céntimos de euros (*ciento dos céntimos*)”

Por ello, procede estimar parcialmente el recurso especial, anulando la resolución de 31 de julio de 2024 de adjudicación del lote 32, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al estudio de la justificación de la viabilidad de la oferta económica de la adjudicataria, para que el órgano de contratación la analice correctamente de acuerdo con las consideraciones expuestas, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la entidad las entidades **SERUNION, S.A.U.** e **IBÁÑEZ Y GARCÍA, S.L.** contra la resolución de 31 de julio de 2024 por la que se adjudica el lote 32 del contrato denominado «Servicio público de comedor escolar y programa de refuerzo en alimentación infantil (PRAI) en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional» (Expediente CONTR 2024 0000191525) promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en los fundamentos de derecho sexto de esta resolución

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, respecto del lote 32.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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

