



Expediente: 83/2019

ACUERDO 80/2019, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por SERUNION, S.A.U., frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “*SER 48/19 Contrato mixto: Concesión de servicios de gestión y explotación de cafeterías; Servicio de alimentación de personal y aperitivos donantes de sangre, para el SNS-O*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 16 de mayo de 2019 se remitió el anuncio de licitación del contrato “*SER 48/19 Contrato mixto: Concesión de servicios de gestión y explotación de cafeterías; Servicio de alimentación de personal y aperitivos donantes de sangre, para el SNS-O*” al Diario Oficial de la Unión Europea, y el 17 del mismo mes y año se produjo su publicación en el Portal de Contratación de Navarra.

El contrato se dividió en dos lotes, siendo el Lote 1 el relativo a “Cafetería y alimentación personal de guardia y personal autorizado por el centro del Complejo Hospitalario de Navarra (CHN) y aperitivos para donantes de sangre”.

A la licitación de dicho lote concurren las siguientes empresas: SERUNION S.A.U. (en adelante SERUNION); ISS FACILITY SERVICES, S.A.; EUREST COLECTIVIDADES, S.L.; CAFESTORE, S.A.U.; y CATERING ARCASA S.L. (en adelante CATERING ARCASA).

SEGUNDO. – Realizada la apertura de la “Documentación Administrativa”, con fecha 27 de junio de 2019 se procedió a la apertura del sobre B “Propuesta relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”, encomendándose a dos técnicos la valoración de las ofertas presentadas para el Lote 1 y la redacción del correspondiente informe.

El 6 de septiembre la Mesa aprueba el informe de valoración emitido, en el que se otorga a SERUNION y CAFESTORE, S.A.U. una puntuación inferior a 15 puntos, mínimo exigido por el apartado 10.2 del Cuadro de Características para continuar en el procedimiento, y procede a la apertura del sobre C “Criterios evaluables mediante fórmula”, advirtiendo que por error se han abierto las ofertas de los dos licitadores que no han llegado a la puntuación mínima para continuar en el procedimiento.

Tras la apertura, la Mesa de Contratación acuerda, en primer lugar, excluir de la licitación del Lote 1 a las citadas empresas por no alcanzar la puntuación mínima exigida y, en segundo lugar, requerir a CATERING ARCASA e ISS FACILITY SERVICES, S.A. la justificación de sus ofertas por considerarlas anormalmente bajas, de conformidad con el apartado 10.3 del Cuadro de Características del pliego.

Con fecha 10 de septiembre de 2019 se notifica a SERUNION su exclusión de la licitación.

TERCERO. - Con fecha 19 de septiembre de 2019, SERUNION ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato.

La reclamación de SERUNION se articula entorno a tres alegaciones:

1. La existencia de irregularidades en la valoración efectuada que han determinado la no superación del umbral mínimo establecido para el criterio no cuantificable mediante fórmulas.

En primer lugar, se señala que en la valoración del criterio “*Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda. Hasta 5 puntos*”, no se valora el contenido de los servicios especiales ofertado ni consta que se valore la atención en horas punta. En cambio, sí se valora la oferta de personal adicional para este servicio y, en particular, la cuantificación de dicho personal, lo cual no se exigía en los pliegos. La oferta de SERUNION ha sido penalizada con 1,25 puntos por no cuantificar el personal, cuando

en todo caso, asumió el compromiso de disponer en todo momento de personal para los servicios especiales.

En segundo lugar, respecto al criterio “*Organización de trabajos y personal con estimación de capacidad de atención por tramos horarios, en días laborables y festivos para cafetería de público general. Hasta 15 puntos*”, se valora la presentación de una estimación de servicios, lo cual no se exigía de forma explícita, habiéndosele penalizado con 5 puntos.

Asimismo, se señala que se valora el compromiso de CATERING ARCASA de realizar un estudio de ventas si resulta adjudicataria y, en cambio, no se valora que la distribución de personal de SERUNION se base en una prueba de ventas y auditoría de plantillas ya realizada, lo cual resulta discriminatorio.

2. Subsidiariamente a lo anterior, el umbral mínimo establecido es desproporcionado y supone una restricción a la competencia.

Se señala, al respecto, que al criterio “*Organización del servicio a prestar*” se le asigna una puntuación máxima de 20 puntos de un total de 80, y se trata de un criterio que, aunque importante, no constituye la prestación principal del contrato (servicio de alimentación). Manifiesta que el establecimiento de umbrales para continuar en la licitación exige un plus en la motivación de la valoración y asignación de la puntuación, con cita del Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 50/2016.

El artículo 64.4 de la LFCP prevé la posibilidad de establecer umbrales y aunque dicho precepto no establece un límite, dicho límite sí se establece en el artículo 146.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que ha de tenerse en cuenta a efectos interpretativos, debiendo considerarse que un umbral mínimo del 75% resulta excesivo.

Como efecto de la aplicación del umbral, podría darse el caso de que la oferta de SERUNION no fuese la mejora valorada para el criterio “*Organización del servicio a*

prestar”, pero sí la mejor oferta relación calidad-precio por la valoración de su oferta económica, de menús y en materia social.

3. Subsidiariamente a los dos motivos anteriores, la modificación del criterio “*Organización del servicio a prestar*” ha de suponer la nulidad del criterio y del procedimiento de licitación.

Se señala, a este respecto, que existe consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la modificación de criterios de adjudicación mediante la fijación a posteriori de subcriterios y coeficientes de ponderación, citándose también el Acuerdo 18/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

En el presente caso se ha producido una modificación del criterio de adjudicación en la medida en que hay determinados aspectos que, por la configuración del criterio, deberían haber sido objeto de valoración y no lo han sido y, en cambio, hay determinados aspectos que se introducen *ex novo*.

Expuestas sus alegaciones, SERUNION solicita que se declare:

- la retroacción de actuaciones y la correcta valoración del criterio señalado, con admisión de su oferta;

- subsidiariamente, la anulación del umbral mínimo exigido, con admisión de su oferta;

- subsidiariamente a las dos solicitudes anteriores, la nulidad del citado criterio de adjudicación por haberse modificado el mismo, con nulidad del procedimiento de licitación.

CUARTO. - Con fecha 1 de octubre de 2019, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) aporta el expediente del contrato y un escrito de alegaciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante la LFCP).

En las mismas, el SNS-O rechaza los motivos de impugnación alegados.

1. Respecto a la existencia de irregularidades en la valoración efectuada que han determinado la no superación del umbral mínimo establecido para el criterio no cuantificable mediante fórmulas.

En primer lugar, sobre que en la valoración del criterio “*Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda. Hasta 5 puntos*”, no se valora el contenido de los servicios especiales ofertado ni consta que se valore la atención en horas punta, pero que sí se valora la cuantificación de la oferta de personal adicional para este servicio, lo que no se exigía en los pliegos, señala el SNS-O que la calificación otorgada a SERUNION en este apartado es la más elevada junto con ISS FACILITY SERVICES, S.A. (3,75 puntos), si bien no se otorgan los 5 puntos por no precisar el personal con el que se van a atender los picos de demanda.

Del mismo modo, rechaza que sea un criterio sorpresivo la cuantificación del personal adicional ofertado, ya que el criterio “Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda” es un desglose del criterio general “Organización del servicio a prestar (horarios de personal, turnos de trabajo, categorías, puestos de trabajo). Organización para atender con la mayor capacidad las horas punta de servicios, desayunos, comidas y cenas. Capacidad de respuesta ante los picos de demanda”, por lo que no puede entenderse que una parte de esta organización se encuentre exenta de incluir la especificación de los recursos oportunos. Así pues, considera amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración (Acuerdo 60/2019, de 4 de julio, de este Tribunal) la valoración efectuada en el informe.

En segundo lugar, respecto al criterio “*Organización de trabajos y personal con estimación de capacidad de atención por tramos horarios, en días laborables y festivos para cafetería de público general. Hasta 15 puntos*”, en el que la reclamante alega que se valora la presentación de una estimación de servicios, lo cual no se exigía de forma explícita, destaca el SNS-O que el tenor literal del criterio contiene la expresión “con capacidad de atención por tramos horarios”, siendo ésta la parte no contenida en la oferta de la reclamante, motivo por el cual su oferta no puede alcanzar en este criterio la

puntuación máxima de 15 puntos. De esta manera, considera indubitado que la estimación de la capacidad de atención objeto de valoración se encuentra prevista en el Pliego.

Además, sobre que se valora el compromiso de CATERING ARCASA de realizar un estudio de ventas si resulta adjudicataria y, en cambio, no se valora que la distribución de personal de SERUNION se base en una prueba de ventas y auditoría de plantillas ya realizada, señala el SNS-O que lo que recoge la oferta de CATERING ARCASA es que ya ha realizado un estudio, pero se compromete a mejorarlo si resulta adjudicataria, por lo que no se ha valorado su compromiso de estudio de ventas sino los elementos recogidos en su oferta respecto a este criterio, habiéndose aplicado los mismos parámetros a todos los licitadores.

A mayor abundamiento, cita el informe técnico que indica que *“sobre la estimación de servicios se compromete a un estudio si es adjudicatario pero sin ningún compromiso concreto”*, lo que refleja que el informe no ha valorado positivamente este aspecto, por no entenderlo conforme al criterio del Pliego.

2. Respecto a que el umbral mínimo establecido es desproporcionado y supone una restricción a la competencia, alega en primer lugar que carece de legitimación para impugnar esta cláusula del Pliego, ya que presentó su oferta sin impugnar aquel, por lo que conforme a la doctrina del pliego como ley del contrato ha devenido firme y consentido, y supondría además actuar contra sus propios actos, citando el Acuerdo 44/2018, de 21 de junio, de este Tribunal.

Para el caso de que no se admitiera, responde a las cuestiones de fondo.

Sobre la justificación del umbral, defiende que el servicio de cafetería tiene gran importancia porque afecta no sólo a pacientes y público en general, sino también a los profesionales sanitarios de guardia, por lo que aunque no sea “stricto sensu” la prestación principal del contrato, afecta de una forma importante al funcionamiento del CHN.

Que este umbral se establezca en un 75% de la puntuación máxima del criterio es precisamente por la importancia que se le otorga, ya que se entiende que en caso de funcionamiento defectuoso la actividad sanitaria sería menos eficaz. De este modo, considera justificado el umbral mínimo establecido en el Pliego.

Sobre la afectación a la concurrencia, considera que no se produce una restricción de la competencia, ya que se selecciona al adjudicatario que presente la mejor oferta en relación calidad-precio, pero hay un mínimo exigible para garantizar que la organización del servicio no va a afectar al funcionamiento del servicio sanitario.

3. Por último, respecto a la modificación del criterio “*Organización del servicio a prestar*”, que conllevaría la nulidad del criterio y del procedimiento de licitación, entiende el SNS-O que la valoración se ha realizado conforme al criterio del Pliego. Señala que el informe, para realizar una exposición más ordenada, divide la valoración en subapartados, pero sin incluir ningún elemento “*ex novo*”, ya que la valoración de la estimación de la capacidad de atención y de las coberturas para servicios especiales no puede entenderse como un criterio no recogido en el Pliego, y cita al respecto nuestro Acuerdo 5/2018, de 22 de enero.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO. - El 1 de octubre de 2019 se dio traslado a los interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP.

En fecha 4 de octubre, CATERING ARCASA aporta alegaciones en las que manifiesta su oposición a la reclamación especial interpuesta y se remite a la argumentación expuesta por el SNS-O, solicitando su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (SNS-O) es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra

sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

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

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, la infracción de las normas de concurrencia y de los criterios de adjudicación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- La primera de las cuestiones que se suscita en la presente reclamación es la relativa a la defectuosa valoración realizada por la Mesa, que es determinante para no superar el umbral mínimo establecido en el pliego para el criterio no cuantificable mediante fórmulas, lo que conlleva la exclusión de la reclamante.

Tres son los concretos motivos que se esgrimen para solicitar la retroacción de actuaciones y la correcta valoración del criterio señalado, y en consecuencia la admisión de la oferta del reclamante. Motivos que por su parte, el órgano de contratación rebate, solicitando la desestimación de la reclamación especial. Ambas posturas se detallan en los antecedentes de este Acuerdo a los cuales nos remitimos.

Sí resulta oportuno, con carácter previo al análisis de la cuestión, reproducir lo establecido en el pliego, en concreto en el Cuadro de Características del contrato. Respecto al criterio de adjudicación previsto en la cláusula 10.1.1 se establece:

“10.1 .1 Criterios no cuantificables mediante fórmulas.

LOTE 1. Cafetería del Complejo Hospitalario de Navarra y alimentación personal de guardia y personal autorizado por el centro del Complejo Hospitalario de Navarra (CHN) y aperitivos para donantes de sangre.

Hasta 20 puntos.

- *Organización del servicio a prestar (horarios del personal, turnos de trabajo, categorías, puestos de trabajo). Organización para atender con la mayor capacidad las horas punta de servicios, desayunos, comidas y cenas. Capacidad de respuesta ante los picos de demanda. Con el siguiente desglose:*
 - *Organización de trabajos y personal con estimación de capacidad de atención por tramos horarios, en días laborables y festivos para cafetería de público general. Hasta 15 puntos.*
 - *Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda. Hasta 5 puntos.”*

Respecto a la documentación exigida en el Sobre B previsto en la cláusula 8.2 se contempla:

“8.2. *Detalle del contenido del Sobre B "Propuesta relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas:*

LOTE 1. Cafetería y alimentación personal de guardia y personal autorizado por el centro del Complejo Hospitalario de Navarra (CHN) y aperitivos para donantes de sangre.

- *Organización del servicio a prestar (horarios del personal, turnos de trabajo, categorías, puestos de trabajo). Organización de trabajos y personal con estimación de capacidad de atención por tramos horarios, en días laborables y festivos para cafetería de público general. Organización para atender con la mayor capacidad las horas punta de servicios, desayunos, comidas y cenas. Capacidad de respuesta ante los picos de demanda. Plan de atención a servicios especiales.*

Los documentos presentados son vinculantes y formarán parte de las obligaciones del concesionario, sin perjuicio de la capacidad optimizadora de la empresa, manteniéndose en todo caso el servicio público derivado de la concesión.”

Tras recoger lo previsto en el pliego procede en este momento traer a colación la doctrina de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, para ello debemos recordar nuestro Acuerdo 46/2015, de 17 de agosto, en el que indicamos que “*Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la*

técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación, en definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquélla sustituirse por un informe elaborado a instancia de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación”.

Si bien lo anterior no obsta a la obligación de la Administración de motivar su actuación, respecto a ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2010 señala lo siguiente (entre otros nuestros Acuerdos de 5/2013, de 16 de mayo, 6/2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero): *“Con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE”.*

Así, tal como concluimos en el precitado Acuerdo 46/2015, de 17 de agosto: *“consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente”.*

Teniendo en cuenta además que la función de valoración de las ofertas que corresponde a la Mesa de Contratación, así como los informes técnicos que la soportan, *“se sitúan en el ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que conlleva por una parte la presunción de acierto y veracidad de las actuaciones y manifestaciones de los órganos técnicos, dada su especialización y ausencia de interés subjetivo y, de otra, la limitación de las posibilidades de revisión del Tribunal a los elementos reglados de la*

potestad discrecional y al error manifiesto, resultando improcedentes las pretensiones de los interesados dirigidas a la sustitución del criterio técnico del órgano especializado.” (Acuerdo 60/2019, de 4 de julio, con cita del Acuerdo 27/2017, de 13 de junio).

Una vez expuesta sucintamente la doctrina de la discrecionalidad técnica que fundamentará nuestra decisión, procede entrar a valorar la actuación del órgano de contratación en el procedimiento de contratación en cuestión.

Para ello resulta necesario cotejar el procedimiento seguido en la licitación, siendo ineludible acudir al informe de valoración de 22 de julio de 2019 en el que se establece respecto a la valoración de este concreto motivo de impugnación lo siguiente respecto a la oferta de la reclamante:

“Todas las empresas presentan ofertas validas con la información solicitada en cada punto y cumplen con las especificaciones del pliego regulador.

Las puntuaciones de las ofertas se basarán en los dos puntos indicados en el pliego. En el primero se evaluará las coberturas de personal por tramos horarios, la estimación de la capacidad de atención y los medios materiales para realizar la atención al público. En el segundo se evaluará las coberturas para servicios especiales y los medios materiales para estos servicios.

Descripción y calificación de las ofertas.

SERUNION S.A.U.

Organización de trabajos y personal (15 puntos):

Presenta cuadros de distribución de personal por franjas horarias. Calculando el número de horas ofertadas en sus presencias alcanza a subrogar todo el personal fijo de la actual contrata.

No presenta una estimación de servicios a realizar por tramos horarios, no cuantifica el número de servicios ni el tiempo de espera por servicio. En su extensa oferta presenta otros puntos que no se solicitan y no hace referencia a la estimación de servicios.

Presenta una plataforma tecnológica correcta para realizar una buena atención en cafetería. Presenta sistemas de cobro, APPS de información y pedidos, gestor de colas, café express y otros medios.

En resumen las coberturas de personal son correctas, los medios materiales para la atención son correctos y sobre la estimación de servicios y capacidad de atención no aporta nada concreto.

Obtiene en Organización de trabajos y personal un total de 10 puntos.

Plan de atención a servicios especiales (5 puntos):

Para servicios especiales oferta personal adicional al servicio ordinario, aunque no cuantifica los recursos por servicios.

La plataforma tecnológica para atender los servicios especiales es correcta. Desde realizar la petición, controlar el cumplimiento del servicio y facturarlo.

En resumen la plataforma tecnológica es correcta y el personal para estos trabajos no está detallado.

Obtiene en Plan de atención a servicios especiales un total de 3,75 puntos.”

Como se puede comprobar el informe comienza indicando que la documentación que se va a evaluar es la que se requiere en la cláusula 8.2 del pliego regulador que, como hemos visto, coincide con el criterio de adjudicación, aunque con diversa redacción. Asimismo, se señala que las puntuaciones de las ofertas se basarán “*en los dos puntos indicados en el pliego*” por lo que se entiende a los referidos en los dos apartados del criterio de adjudicación de la cláusula 10.1.1 anteriormente transcrita.

De igual modo conviene señalar que, examinada la actuación del órgano de contratación, podemos concluir que los aspectos puntuados en la oferta de la reclamante han sido igualmente valorados en las restantes empresas licitadoras, puesto que el informe de valoración reproduce el mismo esquema respecto de todas ellas.

Centrándonos en la alegación realizada en el primero de los puntos o subcriterios, referido a la *Organización de trabajos y personal con estimación de capacidad de atención por tramos horarios, en días laborables y festivos para cafetería de público general*, aduce SERUNION que se valora la presentación de una estimación de servicios, que sin embargo no se exige de forma explícita. Al respecto hemos de decir que al contrario de lo sostenido por la reclamante, el criterio en cuestión sí hace referencia a la organización de trabajos y personal “con estimación de capacidad de atención por tramos horarios”, como así se dispone expresamente, y por lo tanto, la

estimación de servicios se encuentra prevista en el Pliego y esta es la razón por la que, como consta en el informe de valoración, se le otorgan 10 puntos frente a los 15 previstos, puesto que no aporta nada sobre la estimación de servicios y capacidad de atención.

Respecto al segundo de los puntos o subcriterios, *Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda*, SERUNION alega que no se valora el contenido de los servicios especiales ofertado ni consta que se valore la atención en horas punta, pero sí la oferta de personal adicional para este servicio y su cuantificación. A nuestro juicio esta alegación, al igual que la anterior, no puede prosperar, dado que los aspectos que se valoran en el informe técnico se relacionan directamente con el criterio de adjudicación enunciado, siendo así que la cuantificación de personal adicional para atender los servicios especiales no puede ser considerado algo extraño al citado criterio. De hecho, SERUNION sí oferta personal adicional, pero sin embargo no lo cuantifica, no bastando el simple compromiso y esta es la razón por la cual, como así consta en el informe de valoración, se le otorgan 3,75 puntos frente a los 5 previstos.

De igual modo, como se defiende por el órgano de contratación en sus alegaciones, no cabe considerar que el criterio de la cuantificación del personal adicional ofertado, sea *sorpresivo*, ya que el criterio "*Plan de atención a servicios especiales y picos de demanda*" es un desglose del criterio general "*Organización del servicio a prestar (horarios de personal, turnos de trabajo, categorías, puestos de trabajo). Organización para atender con la mayor capacidad las horas punta de servicios, desayunos, comidas y cenas. Capacidad de respuesta ante los picos de demanda*", por lo que no puede entenderse que una parte de esta organización se encuentre exenta de incluir la especificación de los recursos oportunos.

A ello debemos añadir que a pesar de los reparos que sostiene respecto a este subcriterio en cuestión, nada objeta respecto de la valoración de otros aspectos, como por ejemplo la presentación de una plataforma tecnológica para atender en cafetería, presentación de sistemas de cobro, APPS de información y pedidos o el gestor de colas, que tampoco se contemplaban expresamente y sin embargo no cuestiona respecto a su directa vinculación con el criterio de adjudicación, al haberle sido positivamente valorados.

Respecto a la alegación de la reclamante respecto a la que se valora el compromiso de CATERING ARCASA de realizar un estudio de ventas si resulta adjudicataria y, en cambio, no se valora que la distribución de personal de SERUNION se base en una prueba de ventas y auditoría de plantillas ya realizada, hemos de indicar que en la valoración de la oferta de CATERING ARCASA, S.L. efectivamente existe un compromiso, sin embargo, como se desprende del informe de valoración dicho compromiso no es objeto de puntuación, así lo manifiesta el SNS-O en sus alegaciones, indicando que no se ha valorado su compromiso de estudio de ventas sino los elementos recogidos en su oferta respecto a este criterio, habiéndose aplicado los mismos parámetros a todos los licitadores.

La diferencia de puntuación obtenida en este subcriterio, CATERING ARCASA (12,5) y SERUNION (10), se justifica, como se expone en el informe, en que aquella presenta la “*oferta con mayor cobertura de personal*” y “*pantallas digitales*”, lo cual no hace SERUNION.

Por todo ello, debemos concluir, que no se han valorado aspectos distintos a los previstos en el Cuadro de Características del contrato. Los aspectos valorados en el informe técnico son subsumibles en el criterio de adjudicación, relacionándose directamente con su contenido, no apreciándose arbitrariedad, ni error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica, y haberse además motivado suficientemente los puntos obtenidos en la valoración. En consecuencia debemos desestimar este motivo de alegación.

SEXTO. - En el segundo de los motivos de impugnación el reclamante aduce que el umbral mínimo establecido en el criterio de adjudicación no cuantificable mediante fórmula es desproporcionado y puede suponer una restricción a la competencia, por lo que se solicita su anulación.

En su argumentación la reclamante cita el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 50/2016, así como el artículo 64.4 de la LFCP y el artículo 146.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El SNS-O, por su parte, considera que el reclamante carece de legitimación para impugnar esta cláusula del Pliego, ya que presentó su oferta sin impugnar aquel, acogándose a la doctrina del pliego como ley del contrato que ha devenido firme y consentido, y supondría además actuar contra sus propios actos, citando el Acuerdo 44/2018, de 21 de junio, de este Tribunal. En todo caso justifica el umbral, por ser un servicio de gran importancia, negando que se produzca una restricción de la competencia.

Expuestas concisamente las diversas argumentaciones, en primer lugar, debemos precisar que la puntuación total que los licitadores pueden alcanzar en el Lote 1 es de 100 puntos, y no de 80 como señala SERUNION en su reclamación. Así, en la cláusula 10.1 del Cuadro de Características del contrato se establece los siguientes criterios, atribuyéndoles la puntuación que se señala:

“Criterios no cuantificables mediante fórmulas (20)

Criterios cuantificables mediante fórmulas (80)

Oferta económica (50)

Oferta menús (20)

Cláusulas de carácter social (10)”

En cuanto a la fijación de un umbral mínimo la cláusula 10.2 del Cuadro de Características del contrato establece las siguientes puntuaciones mínimas para continuar en el procedimiento:

- *“15 puntos en la suma de puntos de los criterios no cuantificables mediante fórmulas.*
- *10 puntos en la oferta de menús.”*

Asimismo, la cláusula 10.2 de los pliegos reguladores del contrato señala lo siguiente:

“10.2. Puntuación mínima para continuar en el proceso

Si así lo dispone el apartado 10.2 del Cuadro de Características, se establece la puntuación que figura en el mismo como puntuación mínima exigible en el apartado correspondiente a la oferta técnica. Las ofertas que no superen dicha puntuación no serán admitidas, entendiéndose que el licitador no cumple los requisitos mínimos exigibles para la ejecución del contrato.”

De igual modo conviene reproducir lo establecido en el artículo 64.4 de la LFCP:

“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, al menos el 50% de la puntuación deberá calcularse mediante la aplicación de fórmulas objetivas que se establecerán en los pliegos, que determinarán la ponderación relativa de cada uno de ellos. Cuando las prestaciones tengan carácter artístico o intelectual al menos el 20% de la puntuación se obtendrá a través de fórmulas objetivas. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Los pliegos determinarán si alguno de los criterios es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta”.

Pues bien, tal como se esgrime por el órgano de contratación, la presentación de la oferta y la ausencia de impugnación implica la aceptación incondicionada del pliego que constituye ley del contrato, así en la propia LFCP, artículo 53, se establece que la presentación de las proposiciones en la licitación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.

De igual modo, en el propio pliego, (clausula 7.1. Cuestiones generales) se indica que *“La presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna”* y también en el anexo 1 del Lote 1.

Sentado lo anterior, conviene traer a colación la doctrina reiterada en múltiples ocasiones por este Tribunal relativa a que el Pliego Regulador constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de

contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación, que constituye - autentica lex contractus -, como expresión de las relaciones nacidas de la convención de voluntades y al cual se encuentran sometidos tanto los licitadores como el poder adjudicador.

De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Lo que significa, que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno.

Por este motivo, debe considerarse que el contenido de los pliegos fue consentido por la reclamante, pudiendo anularse únicamente si en ellos concurriera una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 116 de la LFCP, supuesto que no se aprecia en este caso.

En este sentido, el Acuerdo 79/2017, de 13 de diciembre, señala que *“de esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho”*.

Igualmente, el Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, prevé: *“Carácter vinculante que determina, obviamente, la necesaria observancia de las reglas de valoración de los distintos criterios de adjudicación en él fijados; resultando vedado apartarse o aplicar fórmulas distintas a las previstas en el mismo, así como la*

obligación de las personas licitadoras de respetar las previsiones del citado documento contractual en relación con la forma y contenido de las proposiciones”.

Si bien las anteriores argumentaciones bastarían para fundamentar la desestimación de este motivo de impugnación, sin embargo y a mayor abundamiento, debemos poner de manifiesto que el reclamante únicamente cuestiona el umbral mínimo establecido por considerar que podría restringir la competencia o impedir que la adjudicataria sea la mejor oferta en la relación calidad-precio, cuando se ha visto perjudicada con la exclusión de su oferta, motivos, que insistimos, debieron ser esgrimidos en su momento, por lo que no cabe la impugnación una vez finalizado el momento procedimental normativamente establecido para ello, que no es otro que el plazo de impugnación de los pliegos que establece el artículo 124.2 de la LFCP, y en este caso nadie lo hizo.

En todo caso también conviene precisar que la posibilidad de fijar una puntuación- o umbral- mínima aparece prevista en la LFCP, siempre y cuando se prevean los pliegos contractuales, tal y como ocurre en el presente caso. Por lo que ha de concluirse que se realiza con total sujeción a la legalidad en aplicación de la previsión expresa de la LFCP.

En todo caso, respecto al aludido artículo 146.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, su interpretación es errónea, puesto que la ley estatal fija un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de criterios cualitativos (no valorables mediante la aplicación de fórmulas), por lo que en todo caso el pliego de la licitación también se ajustaría a este criterio, al establecer un umbral del 75%.

Por las razones expuestas se ha de desestimar también este motivo de impugnación.

SÉPTIMO. – El tercero y último de los motivos de impugnación es el referido a la existencia de una modificación del criterio de adjudicación denominado “*Organización del servicio a prestar*”, que al haberse valorado en forma distinta a la enunciada en el pliego, ha de suponer la nulidad del criterio y del procedimiento de licitación.

Fundamenta la supuesta modificación del criterio en la medida en que hay determinados aspectos que, por la configuración del criterio, deberían haber sido objeto de valoración y no lo han sido y, en cambio, hay determinados aspectos que se introducen *ex novo*. Por su parte el SNS-O considera que la valoración se ha realizado conforme al criterio del Pliego.

Respecto a este motivo debemos remitirnos a lo expuesto en nuestro fundamento quinto, en el que hemos concluido, tras analizar el expediente, que no se han valorado aspectos distintos a los previstos en el Pliego, siendo los aspectos valorados en el informe técnico subsumibles en el criterio de adjudicación y, por tanto, partiendo de esta conclusión debe desestimarse este motivo de impugnación al no haberse producido ninguna modificación con introducción de ningún elemento *ex novo*, puesto que la valoración de la estimación de la capacidad de atención y de las coberturas para servicios especiales se incluyen dentro del criterio “*Organización del servicio a prestar*”.

Por las razones expuestas debe desestimarse también este motivo de impugnación.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública formulada por SERUNION, S.A.U., frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “*SER 48/19 Contrato mixto: Concesión de servicios de gestión y explotación de cafeterías; Servicio de alimentación de personal y aperitivos donantes de sangre, para el SNS-O*”.

2º. Notificar este acuerdo a SERUNION, S.A.U., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos

oportunos y ordenar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 23 de octubre de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.