

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Asunto: Informe 2/2023

INFORME 2/2023, DE 12 DE DE 2023. INFORME AL DECRETO __/2023, DE __ DE __, DEL CONSELL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS PARA GARANTIZAR UNA OFERTA ALIMENTARIA SALUDABLE Y SOSTENIBLE EN SERVICIOS DE RESTAURACIÓN COLECTIVA DE LA COMUNITAT VALENCIANA Y EN LA VENTA AUTOMÁTICA DE ALIMENTOS Y BEBIDAS

ANTECEDENTES

En fecha 11 de abril de 2023, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública (Dirección General de Salud Pública y Adicciones), mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Con motivo de la elaboración del “Decreto __/2023, de __ de __, del Consell, por el que se establecen los criterios para garantizar una oferta alimentaria saludable y sostenible en servicios de restauración colectiva de la Comunitat Valenciana y en la venta automática de alimentos y bebidas” es preceptivo se emita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y posterior remisión a:

Dirección General de Salud Pública y Adicciones
Avda. de Cataluña, 21
46021 VALENCIA.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El art. 2 .1 a) Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, establece que la Junta informará con carácter preceptivo los proyectos de disposiciones de carácter general de la Generalitat, que incidan en materia de contratación pública, con carácter previo al dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en su caso.

Dadas las funciones que tiene atribuidas esta Junta Superior como órgano consultivo en materia de contratación, el presente informe solo incidirá en aquellas disposiciones del Proyecto de decreto que hacen referencia a esta materia.

El presente proyecto viene a a sustituir al Decreto 84/2018, de 15 de junio, del Consell, de fomento de una alimentación saludable y sostenible en centros de la Generalitat

Si bien se considera que las materias reguladas en el proyecto de norma bien podrían ser objeto de una guía aprobada por acuerdo del Consell y la propuesta de unos pliegos de prescripciones técnicas tipo para todos los sectores afectados de la administración del Consell.

Asimismo las consideraciones de tipo social exceden de la regulación propuesta tal y como reza su título y su texto, puesto que a tales extremos viene regulados en el Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones. Debe tenerse en cuenta que citado Decreto 118/2022 es de

aplicación a toda la Administración de la Generalitat y de su sector público instrumental. Regular en dos normas distintas la misma materia atenta contra el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Por tanto cualquier mención a estos criterios en Proyecto de Decreto obvia la normativa ya existente además de tener que existir una clara vinculación con el objeto del contrato.

Pasamos al análisis de los preceptos relativos a la contratación pública.

Artículo 21. Contratación pública

Artículo 21. Contratación pública

1. Todas las adjudicaciones y contrataciones de servicios y suministros comprendidos en el ámbito subjetivo y objetivo del presente decreto, de titularidad pública, se atenderán a las normas y procedimientos establecidos en la legislación de contratos públicos.

2. Los órganos de contratación, en sus pliegos o documentación preparatoria equivalente, deberán señalar de manera preceptiva y con carácter de mínimos los siguientes clausulados:

a) El anuncio de licitación y el objeto del contrato deberán indicar expresamente que la contratación incorpora criterios de alimentación saludable y sostenible, ambientales y sociales.

b) Lista detallada de productos no permitidos en los menús.

c) Especificaciones técnicas indicando el número mínimo obligatorio de especies, piezas o raciones mínimas de fruta, hortaliza y verdura fresca y de temporada; pescado fresco; huevos frescos; cereales integrales; aceite de oliva; carnes y su tipología; legumbres y otros.

d) Listado detallado de criterios de adjudicación relativos a la calidad de los productos alimentarios, cuya ponderación mínima será del 30% sobre el total del baremo, y que se evaluarán conforme a criterios objetivos de número de unidades, porcentajes, importes o cuantías. Estos criterios deberán referirse a estos apartados:

1º Alimentos ecológicos certificados.

2º Variedad de frutas y hortalizas frescas y de temporada.

3º Alimentos con Indicación Geográfica Protegida (IGP) y Denominación de Origen Protegida (DOP), u otras marcas de calidad diferenciada.

e) Listado detallado de criterios de adjudicación relativos a la calidad ambiental de la propuesta, cuya ponderación mínima será del 25% sobre el total del baremo. Estos criterios deberán referirse a estos apartados:

1º Disminución de gases de efecto invernadero a través del consumo de productos alimenticios proximidad.

2º Formación del personal adscrito directamente a la ejecución del contrato en materia ambiental.

3º Planes o procedimientos medioambientales relativas al desperdicio alimentario, la separación y recogida de residuos, el consumo energético, la utilización de envasados, o el empleo de productos de limpieza.

f) Listado detallado de criterios de adjudicación relativos a la calidad social y al fomento de la economía local de la propuesta, cuya ponderación mínima será del 15% sobre el total del baremo. Estos criterios deberán referirse a estos apartados:

1º Canales directos o cortos de distribución.

2º Formación del personal adscrito directamente a la ejecución del contrato en materia de alimentación sostenible y saludable.

3º Políticas de igualdad de género, de inserción laboral de personas con discapacidad o de personas en riesgo de exclusión, o la subcontratación de Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción o empresas y entidades de economía social.

g) La ponderación máxima de la oferta económica no será superior al 20% sobre el total del baremo. Las fórmulas matemáticas que se utilicen en los pliegos para determinar la puntuación que haya de asignarse a la oferta económica presentada por los licitadores, deberán diseñarse de

tal manera que desincentiven la presentación de ofertas incursas en baja temeraria y/o prever umbrales de saciedad.

h) Precio mínimo por partida alimentaria o menú por debajo del cual las ofertas planteadas serán consideradas bajas temerarias o desproporcionadas.

i) Condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo ético, social o medioambiental.

j) Régimen de verificación, infracciones y sanciones.

3. Si la contratación se realizase mediante contrato menor o sin concurrencia pública, se deberán reflejar en el expediente de forma detallada las invitaciones realizadas a presentar ofertas, y la formalización del contrato deberá contener todos los aspectos indicados en el presente decreto.

4. Las consellerías, en función de su ámbito competencial, facilitarán pliegos tipo que recojan todas las disposiciones previstas en la presente normativa.

5. Todas las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución relativas a calidad alimentaria, social y medioambiental se consideran obligaciones contractuales esenciales.

6. Los pliegos del contrato deberán incluir las penalidades por el incumplimiento de las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución relativas a calidad alimentaria, social y medioambiental.

El establecimiento de mínimos en la ponderación no es compatible con el acceso de las PYMES a la contratación pública, uno de los objetivos de las Directivas de cuarta generación y por tanto objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Como ya indicó esta Junta en su informe 13/2021, de 18 de febrero de 2022 sobre los criterios de adjudicación y que tiene cabida respecto de los criterios del proyecto de Decreto:

“Así mismo es necesario poner en contexto lo que determina el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación Pública respecto de la inclusión de criterios de adjudicación y condiciones de ejecución de responsabilidad social

No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

La inclusión de criterios sociales en la contratación reviste los siguientes requisitos a la luz de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, y la jurisprudencia comunitaria:

a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.

b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.

c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

d) Deben publicarse previamente

e) Deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En este sentido el considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE indica:

Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios

económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.”

Los criterios de tipo medioambiental previstos reflejan un tipo de empresa concreta con una responsabilidad medioambiental que no puede ser evaluada. Lejos de permitir seleccionar el mejor producto asocian el objeto del contrato a la responsabilidad social corporativa de las empresas lo cual no es evaluable . En este sentido la STJUE en el asunto C-368/10, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos, de 10 de mayo de 2012

“El principio de transparencia implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa y unívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (véase, en particular, la sentencia de 29 de abril en/CAS Succhi di Frutta,).

Pues bien, como la Abogado General señaló en el punto 146 de sus conclusiones, debe señalarse que requisitos relativos al respeto de los «criterios de sostenibilidad de las compras y de responsabilidad social corporativa», y a la obligación de «contribuir a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y a una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económico» no presentan la claridad, precisión y univocidad necesarias para que cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente pueda saber con certeza y exhaustividad cuáles son los criterios que abarcan esos requisitos. Lo mismo sucede, con mayor razón, en lo que respecta a la petición dirigida a los licitadores de que indiquen en su oferta «cómo cumplen» dichos criterios o «cómo contribuyen» a los fines señalados por el poder adjudicador en relación con el mercado y la producción del café, sin proporcionarles ninguna indicación precisa sobre la información que deben facilitar. “

Hay que incidir, además, que los productos con certificados ecológicos concretos (que dicho sea de paso no se establecen en Anexo aquellos certificados reconocidos universalmente) ,“marcas” ,IGP o denominación de origen, son discriminatorias y vulneran la igualdad de trato de los licitadores infringiendo las políticas de mercado interior de la UE y su Tratado Fundacional , básicamente la libre prestación de servicios. Los productos de proximidad o kilómetro cero podrían quebrantar así mismo dichas políticas por razones de territorialidad .

En cuanto a la ponderación máxima del criterio precio desconocemos la razón por la que se ha establecido, pero debe tenerse en cuenta que conforme al art. 1.1 de la LCSP dispone:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

De otra parte , la frase “deberán diseñarse de tal manera que desincentiven la presentación de ofertas incursas en baja temeraria y/o prever umbrales de saciedad,es contraria a los principios de la contratación pública consagrados en el art. 1 de la LCSP porque a ley no prohíbe las ofertas anormalmente bajas . En cuanto a los umbrales de saciedad no están regulados en la Ley, es más respecto de estos últimos, aunque admitidos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en fecha 17 de junio de 2021 se dictó Auto de admisión por el Tribunal Supremo del recurso de casación en el que se cuestionan dichos umbrales, pendiente de resolución.

Respecto del precio mínimo por partida alimentaria o menú por debajo del cual las ofertas planteadas “serán consideradas bajas temerarias o desproporcionadas” resulta obvio e innecesario.

De otra parte , la redacción del artículo 21 relativa a la ponderación mínima y máxima de los criterios de adjudicación, no suma el 100%. Relacionando este artículo con el 22, en la letra g del anterior artículo 21 creemos que debería indicar “*la ponderación máxima de la oferta económica no será INFERIOR al 20%*”.

En cuanto condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo ético, social o medioambiental, reiteramos que las condiciones éticas y sociales que deben igualmente estar vinculadas al objeto del contrato viene establecidas en el Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell , y que al igual que los criterios de adjudicación de este carácter a lo largo del Proyecto no deben venir referidas en el mismo. Pero lo que más se cuestiona esta Junta es a que condiciones se refiere pues no se contempla en Anexo ni en ningún apartado del Texto un elenco de condiciones especiales de ejecución de libre elección por el órgano de contratación siempre que se cumplan las previsiones del art. 202 de la LCSP y vinculadas al objeto del contrato. Además, el artículo se contradice, porque las califica como obligación contractual esencial y, por ende, causa de resolución del contrato y, por otro lado, establece que los pliegos deberán imponer penalidades. Ello es contradictorio, porque si es causa de resolución del contrato no procede la imposición de penalidades

De otra parte nos parece, cuanto menos, grave que sean los pliegos los que regulen infracciones y sanciones lo que resulta contrario al principio de legalidad, sentado en el artículo 25 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, por lo que deben regularse en una norma con rango de Ley. Los pliegos pueden establecer penalidades concretas, para lo cual el Decreto deberá indicarse qué conductas se les considera merecedoras de penalidad y cuál de las penalidad de las establecidas en la LCSP se aplica. Lo mimo ocurre con las verificaciones. Nada se dice para indicar a los órganos de contratación la verificación.

Artículo 21.3

Si la contratación se realizase mediante contrato menor o sin concurrencia pública, se deberán reflejar en el expediente de forma detallada las invitaciones realizadas a presentar ofertas, y la formalización del contrato deberá contener todos los aspectos indicados en el presente decreto.

Disentimos profundamente de este apartado. En primer lugar está regulando aspectos de la contratación

menor que extralimitan el art. 118 y 153.2 de la LCSP. De otra parte la inclusión de “o sin concurrencia competitiva”, salvo que el contrato menor que permite la adjudicación directa a una empresa, no hay ningún supuesto de concurrencia competitiva salvo el procedimiento excepcional del art. 168. a. 2º. Que no sería de aplicación.

Artículo 22. Contratación de diversas prestaciones de servicios y suministros

1. En los contratos sujetos a la legislación de contratos del sector público, cuyo objeto incluya diversas prestaciones entre las que se prevean actividades relacionadas con la alimentación, los criterios de adjudicación que se prevean deberán asignar, a los relacionados con la alimentación, una ponderación no inferior al 20% del total.

2. En todo caso, los criterios de adjudicación que puntúen la parte de las ofertas de los licitadores relativa a la alimentación deberán tener en cuenta los extremos previstos en el artículo anterior.

Nos remitimos a lo dicho a lo largo del informe respecto a la ponderación mínima, los criterios de adjudicación etc.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Segunda. Contratos de servicios de alimentación

Los contratos de servicios de alimentación incluidos en el ámbito de aplicación de este decreto adjudicados a la fecha de entrada en vigor del mismo se regirán por lo establecido en el presente decreto, a excepción de lo dispuesto en el artículo 10, cuya efectividad entrará en vigor a partir de los doce meses.

La primera parte de esta disposición supone la retroactividad de la norma, lo cual es inconstitucional. atentando, de esta manera, contra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución Española), amén de su imposible aplicación en la práctica a un contrato ya adjudicado conforme a un Pliego previamente aprobado.

Encontramos de todo punto necesario la dilación de la entrada en vigor del Decreto 12 meses para que las consellerias competentes por razón de la materia regulada emitan, de persistir en la aprobación de esta norma reglamentaria, guías orientadoras o pliegos modelo de prescripciones técnicas y para que las empresas que opten a las licitaciones puedan adaptarse a lo previsto en el mismo.

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 12 de mayo de 2023.