

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 21 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE) y del Círculo Empresaria de Atención a las Personas (CEAPs) contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicios para la “Gestión de 20 Centros de Día municipales en los distritos de: Arganzuela, Latina, Puente de Vallecas, Moratalaz, Hortaleza, Villaverde, Villa de Vallecas, Vicálvaro y Barajas que incorporen comercio justo (8 lotes)” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2023/00346, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 15 de febrero de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en ocho lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 82.362.654,54 euros y su plazo de duración será de cinco años.

A la presente licitación se presentaron catorce empresas.

Segundo. - El 1 de marzo de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE) y del Círculo Empresaria de Atención a las Personas (CEAPs) contra el pliego de prescripciones técnicas y solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 8 de marzo de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 7 de marzo de 2024 hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, al tratarse de personas jurídicas que representan los intereses de las empresas que gestionan servicios de atención a la dependencia.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados en 15 de febrero de 2024, e interpuesto el recurso, el 1 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el pliego de prescripciones técnica adoptado en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto. - Impugnación de la cláusula 4, apartado 17.2 del pliego de prescripciones técnica, servicio de alimentación, en relación con la cláusula 3.5.

Expone la recurrente que la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas establece cuáles son los servicios que han de prestarse para la ejecución del contrato, exigiéndose a la entidad adjudicataria, la garantía de que los mismos, serán prestados de acuerdo a los requerimientos descritos en el propio pliego.

En el apartado 5 de esta cláusula establece como uno de los servicios a prestar, “EL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN Y NUTRICIÓN”, calificándose, en el propio pliego como uno de los servicios más importantes que ofrece el centro de día.

Destaca que una de las exigencias es que” *Los menús deben ser conocidos por las personas beneficiarias y sus familiares con antelación, facilitando esta planificación con anterioridad al inicio de cada mes.*”

Y que en la cláusula 4 del PPT se regulan cuáles serán las obligaciones de la entidad adjudicataria, entre las que se encuentra lo siguiente: *“Asimismo, en la elaboración de desayunos, comidas y meriendas del centro será obligatorio que el 90% del peso sea de producción ecológica y de circuito corto”*.

Considera la recurrente que esta prescripción técnica es totalmente desproporcionada y produce un obstáculo injustificado a la apertura de la contratación pública, teniendo en cuenta que simplemente, haciéndose un análisis básico de los productos disponibles en el mercado, se podría llegar a la conclusión de que el porcentaje que pretende exigirse en productos ecológicos, es desorbitado y de imposible cumplimiento para las empresas, teniendo en cuenta además, que este criterio, está íntimamente relacionado con otros preceptos del pliego también de obligado cumplimiento, en los que, se exige, que los productos sean frescos, procedentes de comercios de proximidad y, tal como se señala en el apartado 5 de la cláusula 3, que los menús deban ser conocidos por las personas beneficiarias y sus familiares con antelación, facilitándose esta planificación con anterioridad al inicio de cada mes, condición esta última de muy difícil cumplimiento, debido a las características y la variante disponibilidad en el mercado de los productos ecológicos, lo que conlleva, que las empresas vean ampliamente condicionada su concurrencia.

A mayor abundamiento estima que este requerimiento contraviene los apartados 2 y 6 del artículo 126 de la LCSP.

Comparten la visión del Ayuntamiento en cuanto a que la alimentación es uno de los servicios más importantes de los ofrecidos en los centros de día y por tanto, teniendo en cuenta además, la tipología y edad media de los usuarios de este tipo de recursos, la calidad y variedad de los productos ofrecidos, así como la garantía de una dieta saludable, debe quedar ampliamente garantizada, no obstante, entienden que no queda justificado bajo ningún concepto, que, para cumplirse todas las cuestiones requeridas en el PTT en relación a la alimentación, se deba exigir un 90% de producción ecológica, no existiendo en este caso, una vinculación coherente con el

objeto del contrato, ni que suponga una mayor perfección del mismo, puesto que es posible ofrecer una alimentación variada y saludable, sin la necesidad de que el 90% de la misma provenga de producción ecológica, tal y como se ha venido ofreciendo en todos los servicios de gestión de esta tipología de centros hasta el momento y sin la existencia de esos porcentajes, en licitaciones de ese mismo órgano de contratación.

Asimismo señala que las asociaciones aquí representadas han tenido ocasión de contrastar la imposibilidad, puesta de manifiesto por las grandes empresas de restauración que vienen ofreciendo los servicios en el sector que nos ocupa, de comprometerse a poder facilitarles la alimentación requerida, ya no solo por disponibilidad de los productos, sino por el encarecimiento en la producción de la misma que haría inviable económicamente el servicio, pues la partida económica destinada al servicio de restauración en los pliegos es de 7 euros diarios. Al respecto aporta un presupuesto de un proveedor.

Finalmente pone de manifiesto que es razonable que se exija un porcentaje de producción ecológica, pero siempre dentro de unos límites coherentes con la realidad y con el precio del servicio y del mercado. También hace referencia a las consultas realizadas por los posibles licitadores al órgano de contratación sobre este requisito.

Por ello considera que cualquier referencia a la exigencia del 90% de producción ecológica debe ser suprimida en la globalidad del pliego que nos ocupa.

El órgano de contratación considera que el servicio de alimentación es uno de los servicios fundamentales que se presta en los centros de día, ofreciendo desayunos, comidas y meriendas a todas las personas usuarias que acuden a los centros.

Por su parte el órgano de contratación señala que el contrato tiene por objeto la gestión de los centros de día municipales, todos ellos del municipio de Madrid, con un total de 1300 plazas, distribuidas en 8 lotes y 20 centros de día.

La cláusula 3.5 del Título I del PPT, relativo a los centros de día municipales, detalla los siguientes servicios que como mínimo deberán prestar las entidades adjudicatarias, cada uno de ellos desarrollados en sus correspondientes programas:

- -Servicio de atención social, sanitaria, preventiva y rehabilitadora.
- -Servicio de apoyo a la familia.
- -Servicio de aseo y cuidado personal.
- -Servicio de podología y peluquería.
- -Servicio de alimentación y nutrición.
- -Servicio de transporte adaptado.
- -Servicio de atención telemática.

En relación con el servicio de alimentación y nutrición señala que el Ayuntamiento de Madrid plantea una estrategia de alimentación saludable y sostenible de la Ciudad de Madrid (2022-2025) trabajando en la incorporación de criterios sociales y de alimentación sostenible, ecológica y de proximidad en los programas municipales de servicio de alimentos y actualización de sus menús, adaptándolos a estos criterios (por ejemplo, alimentación de temporada) y aplicando los principios de dietas saludables y sostenibles, abarcando también a los centros de día municipales.

En este sentido explica que entre las medidas que incluyen esta estrategia en su plan de acción 2022-2023, está la inclusión de la experiencia piloto de incorporación de alimentación saludable y sostenible en el Centro de Día Ensanche de Vallecas. Así en la elaboración del pliego de condiciones de la gestión de este centro ya se incluye que en la elaboración de desayunos, comidas y meriendas del centro será obligatorio, que el 70% de unos determinados grupos de alimentos, sea de producción ecológica y de circuito corto.

En la previsión del plan para el año 2024-2025, se insta a la continuidad de las medidas anteriores y la incorporación de la alimentación sostenible y saludable en otros centros a partir de la experiencia y aprendizaje extraído del proyecto piloto con

criterios de alimentación saludable, ecológica y de proximidad.

Refiere los beneficios que los productos ecológicos y de proximidad aportan en otros ámbitos, principalmente los de carácter ambiental y social pues apoyan la economía local y a los pequeños productores.

Por otra parte, la producción ecológica de alimentos, derivado de múltiples factores, ha experimentado en las últimas décadas crecimientos sostenidamente más elevados que el de los métodos tradicionales, en correspondencia a la continua expansión de unos modos de producción que tratan de dar respuesta a la demanda de los consumidores. Así, actualmente, hay en el mercado una amplísima oferta de productos ecológicos, tanto primarios como ya elaborados, abarcando todos los grupos de alimentos, desde frutas y verduras en origen a carnes y pescados en consumo final en un abanico de elaboración y precios de muy amplio espectro. Tanto es así que la diferencia de precios entre los productos de origen ecológico y tradicional se ha reducido tan sensiblemente que, en productos agrícolas y pesqueros de temporada, pueden llegar a ser inexistentes. Sí pueden llegar a ser más relevantes en productos cárnicos no elaborados.

En base a todo lo anterior se establece en el pliego de condiciones de la presente licitación, la obligación de que, en la elaboración de desayunos, comidas y meriendas del centro, el 90% del peso sea de producción ecológica y de circuito corto. Para ello se contactó previamente con empresas especializadas en el sector que informaron de que no existe ningún tipo de impedimento en utilizar productos ecológicos y de proximidad en los servicios de alimentación de los centros.

Por tanto, considera el órgano de contratación que es absolutamente factible encontrar proveedores de menús ecológicos, no solo en porcentaje del 90% sino también del 100% de los mismo. Tanto más para una dimensión de población tan relativamente reducida como es la de los centros de día, con un tope de unas 4.000 personas en un mercado como el madrileño, dimensionado para varios millones. No obstante, y siendo conscientes de la relativa variabilidad de los precios y ofertas, en

el pliego se optó por fijar aquel porcentaje en aras de evitar posibles tensiones temporales en productos concretos, especialmente en los cárnicos.

En los contratos actualmente vigentes, el coste considerado en los pliegos que los licitaron era de 5,6 euros diarios. Un coste sensiblemente superior al considerado en la licitación de centros de día de otras administraciones como los de la Comunidad de Madrid. Pese a ello, el precio de siete euros que se ha considerado en el PPT de este expediente que se está tramitando, es un 25% mayor al coste considerado en los pliegos que rigen el vigente contrato. Crecimiento que también es muy superior al que, como puede comprobarse en el Instituto Nacional de Estadística, ha experimentado la inflación acumulada en los últimos años en el subgrupo de “hostelería y comedores”, que apenas ha alcanzado el 11,6% desde 2020. Por tanto, la diferencia entre ambos porcentajes debe ser más que suficiente para cubrir el posible sobrecoste que pudiera darse entre los productos de procedencia ecológica y la industrial.

Por otra parte, la memoria económica trata de estimar de forma adecuadamente ajustada los posibles costes de todos y cada uno de los elementos que intervengan en los servicios que se van a contratar, conformando un coste final que, como es el caso que nos ocupa, se concreta en un precio de gestión mensual que el ayuntamiento garantiza a las entidades adjudicatarias del servicio con independencia del volumen de usuarios.

Dado que el precio de licitación lo es por un coste de gestión mensual, las entidades que deseen concurrir a la licitación habrán de determinar si el precio fijado por la administración les es lo suficientemente interesante para obtener un beneficio que les permita presentar una oferta para prestar el servicio, a partir de sus propios cálculos. Y ello con total independencia de que todos y cada uno de los costes de las partes que integran la memoria económica cuadren con sus propias estimaciones, o unos difieran en más o en menos a aquellos.

Así mismo manifiesta su discrepancia con la alegada vulneración del artículo 126, apartados 2 y 6 de la LCSP, pues la Administración tiene libertad dentro de su

potestad de autoorganización para diseñar el servicio de tal forma que satisfaga sus necesidades y precisamente es en el PPT en el que se especifican los medios humanos y materiales necesario para ello. Tampoco implica restricciones a la competencia pues no se impone una procedencia determinada ni un empresario determinado.

Por último, destaca que a la licitación han concurrido 14 empresas, entre las que se encuentran entidades pertenecientes a las asociaciones recurrentes.

Vistas las posiciones de las partes, en primer lugar, es preciso realizar un análisis global del objeto del presente contrato que consiste en el servicio de gestión de los centros de día municipales, todos ellos del municipio de Madrid, con un total de 1300 plazas, distribuidas en 8 lotes y 20 centros de día.

Según consta en el estudio económico del expediente de contratación el coste del servicio de alimentación se ha calculado como sigue: “Se ha considerado un precio unitario de costes para el servicio de restauración (desayuno, comida y merienda), con productos ecológicos. Se ha tomado como referencia los costes facilitados por el propio Departamento de Centros de Día a partir del análisis del mercado efectuado en los servicios de catering, y llevado éste a un valor medio de siete euros para toda la vigencia del contrato”.

Por lo que se refiere al precio del contrato será el resultante de la suma de los siguientes conceptos:

- Presupuesto base de licitación IVA excluido una vez aplicada la baja ofertada.
- Aportaciones previstas de las personas usuarias.
- Y aplicado el IVA correspondiente.

El precio de gestión mensual, idéntico para todo el periodo del contrato, se obtiene a partir del precio del contrato, dividido por los 60 meses que integran el periodo de ejecución.

Las entidades adjudicatarias percibirán el importe de gestión mensual por dos vías diferentes:

- El precio a abonar por la Administración.
- Las aportaciones económicas, en su caso, a abonar por las personas usuarias.

En el precio de gestión mensual, se encuentran comprendidos todos los gastos derivados del servicio cuya prestación se considera obligatoria para la entidad adjudicataria y cualquier otro gasto, tasa, tributo o impuesto, así como los seguros que deba contratar la entidad para ejecutar el contrato.

El importe total a facturar (IVA incluido) se calculará deduciendo la aportación económica de las personas beneficiarias del servicio al precio de gestión mensual.

Como se puede observar no nos encontramos ante un servicio que incluya exclusivamente el servicio de restauración, sino ante una prestación mucho más amplia según se indicaba más arriba.

Las recurrentes únicamente manifiestan su desacuerdo con la partida de restauración, que si bien como señalan ellas y el órgano de contratación se considera uno de los servicios fundamentales por la importancia que tiene una buena nutrición para los beneficiarios, no se le puede considerar el más importante desde el punto de vista económico.

Las recurrentes para demostrar la inviabilidad del presupuesto, aportan una oferta de menús con producto 90% ecológico, cuyos precios son: desayuno 1,74 euros; comida 14,69 euros; merienda 1,53 euros; lo que supondría un total de 17,96 euros, esto es, más del doble del coste establecido en los pliegos. Ahora bien, en la propia oferta se indica *“oferta no vinculante a falta de disponer de más datos para entender las necesidades técnicas y dimensión del proyecto”*

Efectivamente, a la hora de realizar una oferta económica es fundamental conocer la dimensión del proyecto pues no supone el mismo coste servir 10 menús que 70, siendo que parece lógico que cuantos más menús se sirvan menor será el coste unitario.

Pero es más, aquí en el presente contrato no estamos hablando únicamente de un servicio de restauración, sino que comprende un servicio más amplio, por lo que una vez más a la hora de determinar si un proyecto es inviable económicamente no nos podemos centrar en una única partida, que por cierto no es la que mayor peso tiene.

También es significativo que la adjudicataria recibirá un importe de gestión mensual con independencia del número de usuarios.

A lo anterior hay que añadir que las recurrentes basan la inviabilidad con un único presupuesto en la partida de restauración, sin hacer un estudio de mercado, y solicitando que se establezca un porcentaje de producción ecológica coherente con la realidad y con el precio del servicio y del mercado, pero no indican que porcentaje de productos ecológicos es razonable ni tampoco la cuantía de restauración, salvo que pretendan que se fije en el importe del presupuesto que han adjuntado al recurso, siendo así que este Tribunal no lo considera razonable pues no se puede fijar un precio sin realizar un estudio económico mínimamente fundamentado.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Madrid defiende la cuantificación del servicio de restauración en su experiencia y la información de empresas especializadas en el sector. Recordar en este punto que corresponde a la recurrente la carga de la prueba de demostrar lo contrario.

Otra cuestión a destacar es la amplia variedad y capacidad de suministro que tiene el mercado madrileño, dato que pone el valor el órgano de contratación.

Pues bien, todo este conjunto de circunstancias hace que no se puedan acoger

las pretensiones de las recurrentes pues no queda acreditada la inviabilidad económica del servicio, considerando que el objeto del contrato no implica solo el servicio de restauración, y que además la realidad demuestra lo contrario pues se han presentado a la licitación catorce entidades.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE) y del Círculo Empresaria de Atención a las Personas (CEAPs) contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicios para la “Gestión de 20 Centros de Día municipales en los distritos de : Arganzuela, Latina, Puente de Vallecas, Moratalaz, Hortaleza, Villaverde, Villa de Vallecas, Vicálvaro y Barajas que incorporen comercio justo (8 lotes)” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2023/00346,

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 7 de marzo de 2024.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.