

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

En Madrid, a 16 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Plataforma Femar, S.L., contra el acta de adjudicación de los lotes 3 y 5 a la empresa Alessa Catering Services, S.A., del contrato “adquisición de productos alimenticios para la elaboración de menús en 58 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social y supervisión y control de la calidad higiénico-sanitaria del suministro (9 lotes)”, expediente: A/SUM-045838/2021 de la Agencia Madrileña de Atención Social (Consejería de Familia, Juventud y Política Social), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la participación en el procedimiento se publicó en el DOUE el 9 de marzo de 2022, y en el BOCM, el 10 de marzo de 2022. El 17 de marzo se publica rectificación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y ampliación de plazo hasta el 25 de marzo para presentar proposiciones. El valor estimado de la licitación asciende a 79.252.759,23 euros.

Segundo.- En lo que aquí interesa, el objeto del contrato es *“el suministro de productos alimenticios y materias primas destinadas a la elaboración de menús para la alimentación de los usuarios de 58 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social, así como la supervisión y el control de la calidad higiénico-sanitaria de este suministro”*. Y se divide en nueve lotes:

Lote 1. Suministro de productos alimenticios y materias primas para el CADP Mirasierra, 2 CO y 4 RM.

Lote 2. Suministro de productos alimenticios y materias primas para el CADP Dos de Mayo, 2 CO y 4 RM.

Lote 3. Suministro de productos alimenticios y materias primas para el CADP Getafe, el CO Barajas y 5 RM.

Lote 4. Suministro de productos alimenticios y materias primas para 5 RM.

Lote 5. Suministro de productos alimenticios y materias primas para el CADP Reina Sofía, el CO Juan de Austria y 5 RM.

Lote 6. Suministro de productos alimenticios y materias primas para 3 comedores sociales.

Lote 7. Suministro de productos alimenticios y materias primas para 9 residencias de menores y 1 residencia maternal.

Lote 8. Suministro de productos alimenticios y materias primas para 12 residencias de menores.

Lote 9. Supervisión y control de la calidad higiénico-sanitaria del suministro.

Cada lote contempla varios centros.

Tercero.- De los lotes resultaron adjudicatarios Alimentación Saludable Gallega, S.L., para el lote 1; Plataforma Femar, S.L. (Femar en lo sucesivo) para los lotes 2, 4, 6, 7 y 8; Alessa Catering Services, S.A. (en adelante Alessa), para los lotes 3 y 5; y Quimicral, S.L., para el 9.

Cuarto.- El 23 de mayo se publica la propuesta de adjudicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, contra la que interpone recurso especial

en materia de contratación Femar en fecha 26 de mayo, y el día 30 del mismo mes se publica la resolución de adjudicación de todos los lotes. El recurso especial en materia de adjudicación contra la de los lotes 3 y 5 se fundamenta en:

La adjudicataria no tiene capacidad por su objeto social.

Carece de la habilitación requerida por los Pliegos, porque no está inscrita en el Registro General Sanitario de Alimentos e Industrias Alimentarias (RGSEAA) y en el epígrafe correspondiente.

No puede ser adjudicataria por haberse licitado por tres empresas participadas con la finalidad de eludir la prohibición del pliego de que un solo licitador puede ser adjudicatario de más de dos lotes de entre los cinco primeros.

Quinto.- El 4 de junio de 2022, 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 transpone 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.

Sexto.- El día 14 de junio presenta alegaciones el adjudicatario recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 (en adelante 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 persona legitimada para ello, al resultar adjudicatario en los dos lotes recurridos de estimarse su impugnación. Están legitimados aquellos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el 23 mayo de 2022, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 26 de mayo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acta de adjudicación de la Mesa de contratación, que no es un acto recurrible por ser una mera propuesta. Tanto el órgano de contratación como el adjudicatario alegan la inadmisibilidad del recurso. No obstante, en fecha 30 de mayo se publica la adjudicación por el Director Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, por lo que, por razones de economía procedimental, evitando la reproducción del mismo recurso cuando ya se han contestado los motivos de fondo por el órgano de contratación y por Alessa, procede tramitar el recurso, como si estuviera interpuesto contra la adjudicación, que es un acto es recurrible, de acuerdo con los artículos 44.1.a) y 2. c) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo del recurso afirma que el objeto social de Alessa son las actividades de catering, que no comprende el objeto del contrato de suministro de alimentos y materias primas.

Informa el órgano de contratación con cita de la doctrina que entiende la vinculación entre el objeto del contrato y el objeto social en un sentido amplio, no exigiendo una coincidencia exacta y literal.

Argumenta en el mismo sentido Alessa y transcribe la última escritura de mayo de 2021:

“Constituye el objeto de la Sociedad la prestación y explotación de los servicios de alimentación, limpieza y mantenimiento a sociedades, entidades públicas y privadas, y todo tipo de colectivos sociales, tales como colegios, parvularios, hospitales, clínicas, residencias de la tercera edad, residencias universitarias, centros de atención a disminuidos físicos o psíquicos, hoteles, balnearios, restaurantes, cafeterías, fábricas, colonias juveniles, albergues y otros colectivos similares. La prestación de servicios de atención, vigilancia, asistencia y guarda de las personas hospedadas, residentes, clientes, miembros y beneficiarios de los colectivos indicados anteriormente. La explotación de restaurantes, cafeterías, balnearios, hoteles y hostales. La compraventa e instalación de bienes de equipo para las colectividades sociales donde se presten o proyecte prestar servicios alimenticios. También podrá la compañía constituir y participar en sociedades con fines similares”.

Entiende este Tribunal que *“la prestación y explotación de los servicios de alimentación”* para diversos tipos de colectivos comprende sin dificultad el suministro de alimentos y materias primas para una entidad como la Agencia, objeto del contrato.

Se desestima este motivo.

En segundo lugar, el recurrente afirma que Alessa incumple con la habilitación requerida por los pliegos de inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos. Para suministro de alimentos las empresas habilitadas deben estar inscritas en el registro sanitario con la clave 40 (es decir su número empieza por 40), que son empresas de almacenamiento y distribución polivalente y con subclaves en perecederos. Los pliegos indican como condición de habilitación técnica la inscripción de la empresa en el registro nacional sanitario. La

empresa en cuestión está inscrita en el registro sanitario en cuatro ocasiones y en las cuatro provincias de Cataluña, con la clave 26, que corresponde al servicio de comidas preparadas y catering, con cocinas *in situ*. Esta inscripción no habilita sanitariamente al suministro a un cliente de alimentos sin procesar o cocinar, ya que su cometido es el suministro de comidas preparadas o procesadas en sus centros.

Contesta el órgano de contratación que de los cuatro establecimientos inscritos en el RGSEAA, tres anotaciones corresponden a establecimientos donde se elaboran comidas para después transportarlas y uno a empresa de restauración sin instalaciones propias de elaboración, definida por la Guía para el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, dentro de las empresas de restauración, como *“empresa ajena a la colectividad, que aporta logística y personal y, en su caso, las materias primas, para elaborar y servir comidas en las dependencias de la colectividad, con carácter permanente o eventual, responsabilizándose de la actividad alimentaria”*. Esta segunda actividad es la que coincide con el objeto del contrato. Así, en la cláusula 3.1 del PPT, se concreta que serán objeto de suministro y entrega a los centros de la Agencia Madrileña de Atención Social, entre otros, los siguientes productos:

- 1. Productos alimenticios y materias primas necesarias para la elaboración culinaria de diferentes menús.
- 2. Productos alimenticios o alimentos de consumo directo, que no precisan de una elaboración o preparación culinaria previa para ser consumidos.

El concepto *“materia prima”* no es solo un alimento crudo, sino cualquier ingrediente, que incluye a una enorme variedad de productos transformados (por ejemplo, jamón de York), semielaborados (por ejemplo, una base para pizza) o de cuarta gama (por ejemplo, una ensalada vegetal envasada en atmósfera protectora).

Alessa alega igualmente que se encuentra inscrita como empresa de restauración sin instalaciones propias de elaboración y, fundamentalmente, que los Pliegos solamente exigen inscripción en el RGSEAA, sin referencia a epígrafe concreto, y no han sido impugnados por ningún licitador.

Comprueba este Tribunal, en la web de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que efectivamente Alessa se encuentra inscrita en el RGSEAA, y por los cuatro establecimientos señalados por el órgano de contratación, entre ellos el de empresas de restauración sin instalaciones propias de elaboración. En cuanto al Pliego, efectivamente no exige la inscripción en una categoría concreta del Registro, probablemente porque la norma reguladora (Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero) no las contempla: se localizan en una Guía para el Registro Sanitario de Alimentos colgada en la web de la Agencia de Seguridad Alimentaria. El PCAP en su cláusula primera recoge:

“5.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato. Lotes 1 al 8:

Sí.

Los licitadores deberán contar con las siguientes habilitaciones:

- Inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, tal como establece el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos. En el caso de establecimientos de productos origen animal a los que hace referencia el Reglamento (CE) nº 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal, la empresa contará con la autorización sanitaria concedida por las autoridades competentes”.

La Guía del Registro dentro de la clave 26, que tiene el establecimiento de restauración sin instalaciones de elaboración de alimentos del adjudicatario, contempla la definición de proporcionar materias primas alegada por el órgano de

contratación, que no son comidas preparadas ni catering, y corresponde al objeto del contrato.

Procede desestimar este motivo.

Se alega en tercer lugar que Alessa ha concurrido con otras empresas filiales de una dominante, que han licitado a todos los lotes, distribuyéndoselos con objeto de soslayar la prohibición del PCAP de que un adjudicatario obtuviera más dos lotes de los 5 primeros, a lo que alegan de acuerdo el órgano de contratación y Alessa, con la licitud de la concurrencia de los miembros pertenecientes a Grupos de empresas. La existencia de empresas pertenecientes a un Grupo de empresas no tiene aplicación más que sobre las bajas desproporcionadas (artículo 149.3 LCSP). Se menciona por el órgano de contratación la Resolución 169/2017, de 10 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que declaró contrario a Derecho limitar la adjudicación de lotes a las empresas de un mismo grupo, ya que consideró que era una medida análoga a excluir la participación en la licitación de empresas vinculadas. Situación que es contraria a la STJUE, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07).

Los Pliegos no contemplan ninguna limitación en la adjudicación a miembros de Grupos de empresas, sino de adjudicaciones de lotes a los licitadores entre los números 1 al 5. Los participantes pueden concurrir a todos los lotes, menos al 9 de supervisión y control de calidad del que solo puede ser adjudicatario quien solo haya presentado oferta a ese lote. Dice el apartado 1 cláusula primera del PCAP:

“Número máximo de lotes a adjudicar a cada licitador:

Se establecen los siguientes límites en cuanto a la adjudicación del número de lotes: Lotes del 1 al 5: El número de lotes máximos a adjudicar a un mismo licitador será de dos lotes. En caso de resultar las proposiciones de un licitador las mejor valoradas en más de dos lotes, solo se le propondrá como adjudicatario de, entre dichos lotes, a los dos de mayor valor estimado.

No obstante, para evitar que pudieran quedar lotes desiertos, podrá también resultar adjudicatario de aquellos otros lotes a los que hubiera presentado oferta y que no pudieran adjudicarse a ningún otro licitador”.

Cita la recurrente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 709/2007 de 29 de octubre, Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativo 200872, que se plantea que en un mismo concurso se presentan tres licitadores siendo uno el que tiene el control y dominio efectivo sobre los otros:

“Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad de capital social y administración por una sociedad matriz de otra sociedad filial que tiene el mismo objeto social que la sociedad matriz y lleva a cabo por tanto sus mismas actividades, permite concluir sin margen alguna para la duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio distinto de la sociedad matriz, no es más que un instrumento en manos de ésta que carece de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento, y que tal instrumento se dedica a las mismas actividades que la sociedad dominante, de forma que desde el punto de vista económico y patrimonial las dos sociedades son una misma realidad, y que los objetivos, la estrategia, la actividad industrial y la mercantil de la sociedad filial existe en la medida en que así lo ha querido la sociedad matriz, que la constituyó por razones económicas, estratégicas, fiscales o de otro tipo y que por esta misma razón puede desaparecer cuando la sociedad matriz lo considere conveniente, en cuyo momento la actividad de la sociedad filial pasaran de forma automática a la sociedad dominante.

En supuestos como este, el derecho positivo, y no sólo la jurisprudencia mediante las técnicas del fraude de ley y levantamiento del velo ha considerado que, al margen de la distinta personalidad jurídica, nos hallamos ante una unidad de negocio que permita considerar un solo sujeto.

En casos como el que acabamos de describir, la presentación de sociedad dominante la presentación de sociedad dominante y filial a un mismo concurso, presentando cada una su oferta, permite concluir, sin duda alguna, que no se trata de dos licitadores distintos, sino de un solo licitador -la sociedad matriz- que decide

porque así le conviene presentar dos proposiciones, la suya y la de su sociedad filial”.

A juicio de este Tribunal la doctrina citada no es al caso, precisamente porque sobre cada lote no hay concurrencia de las empresas participadas, las cuales se presentan a lotes diferentes, razón por la cual no puede vulnerarse la prohibición de duplicidad de proposiciones por la vía del levantamiento del velo o del fraude de ley. Cada lote es una licitación y una adjudicación diferente, y las tres sociedades del Grupo de empresas se presentan a lotes diferentes.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 de la empresa Plataforma Femar, S.L. contra el acta de adjudicación de los lotes 3 y 5 a la empresa Alessa Catering Services, S.A. del contrato “adquisición de productos alimenticios para la elaboración de menús en 58 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social y supervisión y control de la calidad higiénico-sanitaria del suministro (9 lotes)”, expediente: A/SUM-045838/2021 de la Agencia Madrileña de Atención Social (Consejería de Familia, Juventud y Política Social).

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.