

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil ACACIO, S.L. contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, dependiente de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, por la que se adjudica el Lote 4 del contrato denominado “Adquisición de productos alimenticios y materias primas para la elaboración de menús en centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social y supervisión y control de la calidad higiénico-sanitaria del suministro (9 lotes)”, número de expediente A/SUM-023093/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, respectivamente los días 24 y 29 de agosto y 1 de septiembre de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único/pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en nueve lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 123.086.245,41 euros, el del Lote impugnado a 20.185.523,33 euros y su plazo de duración será de doce meses.

Al Lote impugnado presentaron oferta dos licitadores, la adjudicataria y la recurrente.

Segundo. - Tras la apertura de los archivos comprensivos de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, su calificación, y la apertura de ofertas económicas y resto de criterios evaluables de forma automática, se clasifican las ofertas ostentando ALESSA CATERING SERVICES, S.A. (Alessa en adelante) la primera posición con 87,11 puntos y ACACIO, S.L. la segunda, con 76,66 puntos.

Mediante Resolución 201/2023, de 28 de diciembre, se adjudica el Lote 4 a ALESSA.

Tercero. - El 22 de enero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ACACIO S.L., en el que solicita la anulación de la adjudicación en favor de ALESSA y la nueva valoración de su oferta.

El 26 de enero 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del Lote 4 del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo otorgado a tal fin, ALESSA ha presentado escrito de oposición al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- Especial análisis merece la legitimación de la recurrente, pues se trata de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, que pretende la anulación de la adjudicación y la adjudicación del contrato en su favor, atendiendo a dos motivos:

- Por un lado, la errónea valoración, a su juicio, de dos de los criterios automáticos en relación con su oferta.
- Por otro, el incumplimiento de la solvencia técnica por parte de la adjudicataria.

La nueva valoración de los criterios impugnados otorgarían a la recurrente, la puntuación máxima establecida en el pliego de 10 puntos en el criterio de localización, criterio en el que la recurrente ya cuenta con 5 puntos, por lo que, en su caso, se le adicionarían otros 5; y de 5 puntos en la valoración del criterio de “software de logística

de última milla”, habiendo sido valorada su oferta con 0 puntos. De lo anterior se desprende que su puntuación, que asciende a 76,66 puntos, de estimarse esta pretensión de nueva valoración, recibiría por los dos criterios, 10 puntos adicionales, pasando a obtener 86,66 puntos. Esta nueva puntuación no superaría la recibida por ALESSA, que asciende a 87,11 puntos y cuya valoración no ha sido cuestionada, motivo por el cual no se encuentra legitimada la recurrente para la impugnación de este criterio, pues no obtendría un beneficio concreto en caso de estimarse este motivo de impugnación.

Por el contrario, sí ostenta legitimación la recurrente para impugnar la falta de solvencia de la adjudicataria pues, de estimarse esta pretensión, siendo la segunda clasificada, estaría en condiciones de obtener la adjudicación del contrato en su favor, cumpliéndose el requisito de tener “*derechos e intereses legítimos individuales o colectivos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*”, de conformidad con lo dispuesto en el 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 acuerdo impugnado fue adoptado el 28 de diciembre de 2023, practicada la notificación al día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 22 de enero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación, en el marco de un contrato mixto de suministro y servicios, por lotes, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, se centra el análisis a efectuar por este Tribunal en el único motivo de impugnación para el que la recurrente ostenta

legitimación: el incumplimiento de la solvencia técnica exigida conforme a pliego por parte de la adjudicataria.

Sostiene la recurrente que ALESSA no ha acreditado su solvencia técnica de acuerdo con lo establecido en el apartado 6.2 del PCAP, en virtud del cual, para este Lote 4, la solvencia queda acreditada cuando el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de los tres últimos años sea igual o superior a 3.814.056,84 euros; resultando por otro lado, que ALESSA licita también al Lote 1, por lo que la solvencia total a acreditar es la suma de las cuantías de ambos lotes, esto es, 7.703.040,80 euros.

Continúa señalando que los certificados de buena ejecución aportados por esa mercantil son, en su mayoría, de catering, y sólo uno se refiere al suministro de alimentos, siendo su cuantía inferior a la exigida. De este modo, la adjudicataria acredita su solvencia como empresa de elaboración de comidas y no de suministro de alimentos y materias primas, lo cual guarda relación con su objeto social, que es la restauración colectiva.

Y cita Resolución de este Tribunal nº 259/2022, de 7 de julio, en el que, para un caso similar, se estima el recurso.

Opone el órgano de contratación a esta argumentación de la recurrente que, en cumplimiento de lo dispuesto en el PCAP, ALESSA presentó una relación de los principales suministros realizados en los últimos tres años, indicando el importe, la fecha y los destinatarios: públicos o privados. Asimismo, la adjudicataria aportó diversos certificados de buena ejecución, entre los que figura el certificado del suministro de productos alimenticios como proveedor de la Agencia Madrileña de Atención Social, ya que es el actual adjudicatario de los Lotes 3 y 5 del contrato en vigor, cuya duración inicial fue de un año: desde el 6 de septiembre de 2022 hasta el 5 de septiembre de 2023, siendo el importe de adjudicación para el Lote 3 de 2.591.333,14 euros y para el Lote 5 de 2.709.425,10 euros. Dichos lotes han sido

prorrogados por un plazo de ejecución de seis meses, que concluye el 5 de marzo de 2024, siendo el importe de la prórroga para el Lote 3 de 1.292.116,82 euros y para el Lote 5 de 1.351.001,01 euros.

En el citado certificado, suscrito por el Secretario General, consta el importe de los suministros de productos alimenticios para la elaboración de los menús de los distintos centros dependientes de la agencia, de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato. El importe de dichos suministros abonado en el primer año de ejecución asciende a un total de 4.370.065,42 euros, cantidad que supera la cuantía mínima de 3.814.056,84 euros exigida para el Lote 4.

En relación al importe, señalar que no proceda sumar a la cuantía del Lote 4, la cuantía del Lote 1, como alega la recurrente, ya que, si bien es cierto que ALESSA CATERING SERVICES, S.A. es la adjudicataria de ambos lotes, no se impone esta exigencia en el PCAP, pues la solvencia técnica o profesional se entiende acreditada cuando el importe anual sea igual o superior al importe fijado para el correspondiente lote. A diferencia de la acreditación de la solvencia económica y financiera en la que se exige la suma de los importes fijados para los lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.

Por su parte, ALESSA alega en su escrito que acreditó sobradamente su solvencia técnica, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en los pliegos aplicables, lo cual fue verificado por el órgano de contratación en uso de su discrecionalidad técnica, no siendo posible la sustitución de este juicio por el del Tribunal, cuya función sería meramente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales.

Y apoya su argumento en que ALESSA es actualmente la empresa adjudicataria del suministro en diversos centros de la Agencia Madrileña de Atención Social, por lo que el órgano de contratación puede fácilmente valorar y acreditar internamente la solvencia.

En lo concerniente a la falta de objeto social alegada por la recurrente, recuerda la doctrina emanada de los Tribunales de contratación pública, en el sentido de que los objetos sociales de las empresas han de ser interpretados de forma amplia, bastando con que exista una relación directa o indirecta e incluso parcial, con las prestaciones que son objeto del mismo, citando en este sentido la Resolución 1864/2021 del TACRC. Y la Resolución de este Tribunal nº 313/2021, en la que se señala que, independientemente de la CPV asignada a un contrato, debe prevalecer el objeto del contrato y la prestación del mismo a efectos de calificar si los servicios prestados son equivalentes a los solicitados para acreditar la solvencia técnica de la empresa. Adicionalmente, este Tribunal ha determinado que los códigos CPV sirven para facilitar la identificación de los trabajos codificando las prestaciones, pero sin que ello pueda llegar a suponer que no se deban tener en cuenta para acreditar la experiencia exigida la realización de trabajos que conforme a los pliegos y contrato son de naturaleza análoga al objeto del contrato que se licita.

Por lo que respecta a la Resolución 259/2022 de este Tribunal mediante la cual se estimó un recurso especial en materia de contratación al considerar que el objeto social de la empresa adjudicataria no comprendía la actividad del suministro, indica que en dicha resolución se analiza el objeto social de una tercera sociedad ajena al presente procedimiento, por lo que dicha resolución no resulta de aplicación al objeto social de ALESSA.

Y apunta, sin embargo, que las pretensiones aludidas por la recurrente ya han sido objeto de análisis y resolución por parte de este Tribunal, al ser idéntica en argumentos y petitum a otro recurso interpuesto por la recurrente en contra de la adjudicación de ALESSA que ha sido desestimado por Resolución n.º 228/2022, considerando este Tribunal que el objeto de ALESSA comprende sin dificultad el suministro de alimentos y materias primas, objeto del contrato, para una entidad como la Agencia Madrileña de Atención Social.

Por último expone que el contrato objeto de licitación ha sido calificado como mixto, atendiendo a la pluralidad de objetos y que de los certificados aportados se acredita la prestación suministros de comidas y servicios similares durante el último año por importe de 10.417.167 euros, superando sobradamente el importe de solvencia técnica exigido para el Lote 4 por importe de 3.814.056,84 €.

Tras relacionar los certificados presentados, alega que el suministro que actualmente gestiona ALESSA en el marco del expediente A/SUM-045838/2021 de la propia Agencia Madrileña de Atención Social, es suficiente a efecto de acreditar la similitud de los suministros entre uno y otro contrato, pues coinciden 7 de los 9 centros que componen el Lote 4 de la presenta licitación, la necesidad administrativa a satisfacer consiste en el suministro de productos alimenticios y materias primas destinadas a la elaboración de menús para la alimentación de los usuarios, así como la supervisión y el control de la calidad higiénico-sanitaria de este suministro; coincidiendo además los CPV de ambos contratos.

Por último, señala para el supuesto de que se considerase que ALESSA no ha acreditado su solvencia técnica, no cabe su exclusión automática de la licitación sin antes permitirle acreditar su fiabilidad e idoneidad en aplicación de la Directiva 2014/24/UE y la cláusula 16 del PCAP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede señalar que, conforme a la Cláusula 1 del PCAP, constituye el objeto del contrato el suministro de productos alimenticios y materias primas destinadas a la elaboración de menús para la alimentación de los usuarios de los centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social, así como la supervisión y el control de la calidad higiénico-sanitaria de este suministro, siendo a su vez el objeto del Lote 4: el suministro de productos alimenticios y materias primas para ocho residencias de mayores de distintas zonas de la Comunidad de Madrid y un centro para personas con discapacidad intelectual:

- Residencia de mayores Villaviciosa de Odón.
- Residencia de mayores Santiago Rusiñol.
- Residencia de mayores Vallecas.
- Residencia de mayores Getafe.
- Residencia de mayores Parla.
- Residencia de mayores San José.
- Residencia de mayores San Martín de Valdeiglesias.
- Centro para personas con discapacidad intelectual Reina Sofía.
- Residencia de mayores Cisneros.

La enumeración de los códigos CPV se establece de manera cumulativa para todos los lotes del 1 al 8: 15000000-8 Alimentos, bebidas, tabaco y productos afines. 03310000-5 Pescado, crustáceos y productos acuáticos. 15110000-2 Carne. 15131130-5 Embutidos. 15300000-1 Frutas, legumbres y hortalizas y productos conexos. 15332400-8 Conservas de fruta. 15400000-2 Aceites y grasas animales o vegetales. 15500000-3 Productos lácteos. 15800000-6 Productos alimenticios diversos. 15810000-9 Productos de panificación, pasteles y productos de pastelería frescos. 15811100-7 Pan. 15900000-7 Bebidas, tabaco y productos relacionados.

En relación con la acreditación de la solvencia, establece el apartado 6.2 de la Cláusula Primera del mismo pliego para los lotes 1 al 8, lo siguiente:

...Se deberá acreditar conforme al artículo 89.1.a) de la LCSP: “Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los suministros efectuados se acreditarán mediante

certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Para determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.

Criterios de selección: Haber realizado durante uno de los tres últimos años suministros que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto a los tres primeros dígitos de cualquiera de los respectivos códigos CPV, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de cada uno de los lotes. Se entenderá acreditado cuando el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de los tres últimos años sea igual o superior a los siguientes importes:

Lote 1 3.888.984,03 €

Lote 2 3.881.831,41 €

Lote 3 4.524.597,26 €

Lote 4 3.814.056,84 €

Lote 5 2.318.245,39 €

Lote 6 2.334.387,00 €

Lote 7 1.375.021,10 €

Lote 8 1.321.438,22 €

Los suministros efectuados se acreditarán mediante una relación de los suministros, en la que se indicará su naturaleza y cuantía, así como con certificado o certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Los certificados deberán incluir: objeto, importe, fecha y el destinatario, público o privado, de los mismos, así como el código CPV...

La adecuación del objeto social de la adjudicataria al objeto del contrato, fue analizada en el caso similar al aquí analizado, que ha sido objeto de cita por la adjudicataria, en que se interpuso recurso contra la adjudicación de ALESSA del contrato de 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). Dicho recurso fue desestimado, resultando de aplicación al caso que nos ocupa lo señalado en aquella Resolución, número 228/2022, de 16 de junio: *“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...

Entrando ya en el importe de la solvencia técnica acreditada, no recoge el pliego para la solvencia impugnada, la previsión que sí se establece para acreditar la solvencia económica y financiera, que dispone que cuando se adjudiquen al mismo licitador varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo, deberá atenderse al sumatorio del importe de la cantidad de los lotes adjudicados a efectos de acreditar el volumen de negocios, por lo que entiende este Tribunal, que el adjudicatario, en relación con el lote impugnado, debe reunir solvencia técnica por el importe previsto para el Lote 4, que asciende a 3.814.056,84 euros.

Por lo que respecta a los certificados, del examen de la documentación aportada por ALESSA que ha hecho este Tribunal, se constata que sólo el certificado expedido por el mismo órgano de contratación que licita el contrato, acredita la prestación del suministro de productos alimenticios para la elaboración de los distintos menús, a los distintos centros dependientes de la Agencia Madrileña de Atención Social: residencias de mayores y centros de atención a personas con discapacidad intelectual, de conformidad con las prescripciones técnicas recogidas en el contrato denominado “Adquisición de productos alimenticios para la elaboración de menús en

58 centros de la Agencia Madrileña de Atención Social”, Lotes 3 y 5; prestaciones idénticas a la del contrato que nos ocupa, siendo los importes consignados de 1.602.871,37 euros para el periodo comprendido entre el 6 de septiembre y el 31 de diciembre de 2022; y de 2.767.194,05 euros para el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de agosto de 2023.

Finalizando el plazo de licitación el 28 de septiembre de 2023 y habiéndose pronunciado este Tribunal en su Resolución 439/2022, de 17 de noviembre sobre el criterio de cómputo de los años a efectos de cumplir los requisitos de solvencia, atendiendo a la fecha final de presentación de ofertas, en consonancia con lo establecido en el artículo 140.4 de la LCSP que dispone que “...*Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato...*”, se constata que, en el año anterior al de la fecha del fin del plazo de licitación, la adjudicataria ha acreditado la prestación del suministro del objeto del contrato por importe superior al exigido para el Lote 4, pues la suma del importe de ambos periodos asciende a 4.370.065,42 euros.

Por cuanto antecede, se entiende cumplida la solvencia técnica por parte de la adjudicataria, procediendo la desestimación 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 legal de la mercantil ACACIO, S.L. contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, dependiente de la Consejería de Familia,

Juventud y Asuntos Sociales, por la que se adjudica el Lote 4 del contrato denominado “Adquisición de productos alimenticios y materias primas para la elaboración de menús en centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social y supervisión y control de la calidad higiénico-sanitaria del suministro (9 lotes)”, número de expediente A/SUM-023093/2023.

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 automática del Lote 4 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.