

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

En Madrid, a 31 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Euricar Europa, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos 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. Constan como licitadores: GRUPO JAQUETE; DISTRIBUCIONES ROBRERA, S.L.; ASESORES

LLANGON, S.L.; REPRESENTACIONES MAYORAL, S.A.; SERUNIÓN, S.A.U.; y
TECNOVE, S.L.

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.- El 16 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, circunscrito a la solicitud del mismo, con el siguiente texto en el “*apartado libre*”:

“Buenos días Me dirijo al Tribunal, en relación al expediente de suministros A/SUM-045838/2021.

La Comunidad de Madrid publica el día 4 de marzo, esta licitación con plazo de presentación hasta el 18 de marzo.

Pero ha cambiado los procedimientos; El proveedor debe ir a todos los lotes carnes, pescados, frutas, conservas, postres, licores, etc. Hasta ahora se dividía por lotes y muchas Pymes podíamos licitar según distribuyéramos una gama de productos De este nuevo modo nos excluyen a la mayoría de Pymes, pudiendo licitar tan solo grandes empresas Hipercor, Mercadona, Alcampo o de este tipo La mayor parte de los licitadores, ofertamos a Conservas, o Carne, o Frutas, o Aceites, etc, es decir estamos especializados en una gama de productos, no en todos Por otro lado, con este margen que dan 14 días es inviable poder montar una UTE entre varias Pymes y establecer los sistemas de distribución, personal, inscripción en el registro mercantil, etc., etc. Mas imposible aun, sería licitar nosotros como empresa, ya que es imposible, obtener los registros sanitarios de , en nuestro caso, carnes, pescados o frutas en 10 días o adquirir cámaras de refrigeración, vehículos con frio, para los productos perecederos , y buscar proveedores de estos productos y organizar su entrega en nuestras instalaciones Es por ello, que " cambiar las reglas " supone la exclusión de nuestra empresa y entiendo que el de muchas, de tal modo que a mi entender vulnera nuestro derechos, limitando la competencia entre empresas Por lo que solicito que se anule este expediente, y que si se pretende cambiar el modelo, igualmente solicito ,se tramite en unos plazos asumibles por las empresas para poder adaptarse un cambio tan radical.

Si se establece que a partir de enero del 2023, se va a proceder por Acuerdo Marco de todos los lotes, podremos adecuarnos para que la actividad de la empresa

siga siendo viable, pero imponerlo ahora sin tiempo de adaptación y adecuación, nos deja en una situación de indefensión, a la vez que nos aboca a no poder licitar con la Comunidad y va a implicar, cierres y despidos”.

En plazo de subsanación, el recurrente alega que su recurso se limita a la anterior solicitud.

Cuarto.- El 28 de marzo 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.

Quinto.- No se ha estimado preciso dar traslado del recurso a los licitadores concurrentes, habida cuenta no se tendrán en cuenta otras alegaciones y pruebas que las ya obrantes en el expediente, ex artículo 82.4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica eventual licitadora por su objeto social, *“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 9 marzo de 2022, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 19 de enero 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 anuncio y los pliegos de un contrato de suministros, 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.- Para la viabilidad de la pretensión el recurso aduce un único motivo: la no licitación por productos le impide licitar, el plazo para licitar le impide además montar una UTE o registrar los productos en el registro de empresas alimentarias.

Alega el órgano de contratación que compete al mismo la configuración del objeto del contrato. En la determinación del objeto del contrato y la conformación de los lotes, la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad técnica para satisfacer los fines que persigue. Cita el artículo 28 de la Ley 9/2017, de la LCSP y numerosa doctrina contractual. Justifica la división en lotes por centros. Por la Orden de 27 de julio de 2020, de la Consejería de Hacienda y Función Pública, por la que se determinan los suministros y servicios de gestión centralizada y los procedimientos para su contratación (BOCM, de 10/08/2020), dejando de serlo los que son objeto de esta licitación, siendo desde entonces cada órgano de contratación el que organiza su suministro. La Agencia realizó un estudio sobre el tipo de contrato que mejor atendiera las necesidades descritas y, tras valorar las distintas posibilidades, se optó por un modelo de adquisición que primase el establecimiento de platos con valores nutricionales equilibrados que sustentasen el suministro, dado que en todos los centros se han de proporcionar menús sanos y equilibrados, observando las distintas dietas prescritas por los médicos y adaptadas a las necesidades de los usuarios. Estos platos figuran en los menús del PPT. Para la elaboración culinaria de los diferentes menús y dietas para la alimentación de los usuarios de los 82 recursos de atención social, que son atendidos por los 58 centros

que están dotados de cocina y espacios, es preciso adquirir tanto materias primas como productos y complementos alimenticios, por ser una necesidad inherente al propio servicio que se presta. La división de los lotes ha respondido a los aspectos técnicos de la prestación, conformando los relativos a los suministros para la elaboración de los menús, por centros cuyas personas residentes o usuarias tienen exigencias nutricionales análogas y por la proximidad entre ellos.

En los lotes 1 a 5, para la división de los mismos se ha atendido a la zona geográfica y a la tipología de centros, en los que se atiende a personas mayores. El lote 6, relativo a los comedores sociales, responde a la función de la especificidad de los menús que se elaboran en los centros que son su objeto. En los lotes 7 y 8 también se ha atendido a la zona geográfica y a la tipología de centros, en los que se atiende a menores y adolescentes. Para la determinación del lote 9 se ha atendido a que responde a la supervisión y control del objeto de la prestación de los restantes lotes.

Este Tribunal reitera que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato. En Resolución 124/2018, de 25 de abril señalamos:

“Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. Sin embargo, existe una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia”.

El recurrente cuestiona la división en lotes de la licitación, entendiendo debió configurarse por productos, pero corresponde al órgano de contratación determinar los lotes en que divide el contrato, tal y como recoge en su considerando 78 la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva.

El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente

difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

El órgano de contratación realiza una justificación razonable de la configuración de los lotes, no por productos sino por áreas geográficas o centros, justificación que no es necesario incorporar al expediente. En el anexo 5 del PPT figuran todos los productos objeto del suministro para cada centro, y la periodicidad de suministro, diario, semanal, periodicidad superior, hasta 16 tipos de productos.

Por otro lado, desde la publicación del anuncio de información previa en el DOUE en 3 de diciembre de 2021, tuvo tiempo el recurrente de preparar su proposición, si quería concurrir con otras empresas.

Los entes del sector público no tienen que adecuar su actuación a los intereses de eventuales licitadores, sino a la mejor cobertura de las necesidades que por interés público deben proveer, que no tienen por qué ser cubiertas por todo tipo de empresas interesadas.

Se desestima el 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 de la empresa Euricar Europa, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.