

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

En Madrid, a 16 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Cocinas Centrales, S.A., contra los pliegos que rigen la licitación del contrato del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz denominado “servicio para el desarrollo del programa social: Mejor comemos en casa!”, número de expediente PA 28/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 23 de diciembre de 2022 en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, alojado 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.

Los pliegos se publicaron en la referida Plataforma en fecha 27 de diciembre de 2022.

El valor estimado de contrato asciende a 600.000,00 euros y su plazo de duración será de un año.

Segundo.- El plazo de presentación de ofertas concluyó el 24 de enero de 2023 y a la presente licitación han presentado oferta cinco licitadores, entre ellos la mercantil recurrente, que presentó oferta el último día del plazo conferido a tal fin.

Tercero.- El 17 de enero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Cocinas Centrales, S.A., en el que solicita la anulación de los pliegos que rigen la licitación. Solicita, asimismo, la suspensión de la tramitación del procedimiento.

El 2 de febrero de 2023 el órgano de contratación remitió 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), habiendo remitido el expediente, con carácter previo, en fecha 30 de enero de 2023.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales, adoptado por este Tribunal el 24 de enero de 2023, 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, debido a la conveniencia de decidir el fondo del asunto con anterioridad a la apertura de ofertas, que se encontraba prevista para el día 26 de enero de 2023.

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 persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que ha presentado oferta a la presente licitación, pero que, con carácter previo a la presentación de la misma, interpuso recurso especial contra los pliegos que considera contrarios a Derecho, por tanto *“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”*, en virtud de lo establecido por 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 los pliegos se publicaron el 27 de diciembre de 2023 y el recurso ha sido interpuesto el 17 de enero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, 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.- En cuanto al fondo del recurso, son dos los motivos de impugnación:

- Vulneración del principio de libre competencia mediante la introducción de un criterio de adjudicación que valora la cercanía de las cocinas centrales de los

licitadores a la Concejalía promotora del expediente, sin que exista vinculación con el objeto del contrato.

- Exigencia de solvencia técnica contraria al principio de concurrencia.

Entrando en el primero de los motivos, señala el recurrente que el criterio de adjudicación previsto por la cláusula undécima, letra d) del PCAP supone un criterio de arraigo que restringe injustificadamente la competencia, vulnerando los artículos 1.1, 132.1 y 145.6 de la LCSP.

Entiende que este criterio no está vinculado con el objeto del contrato y se encuentra valorado con 15 puntos, lo que supone el 30% de la puntuación total, *“colocando a los licitadores cuyas cocinas centrales se encuentren más próximas a la Concejalía en una situación de clara y manifiesta ventaja respecto a otros candidatos que, aun cuando ofrezcan un menú de igual o incluso mayor variedad y calidad, una mayor frecuencia de servicio, o cuando cumplan todas y cada una de las obligaciones de entermado, transporte y temperatura de servicio, se encuentren a mayor distancia”*.

Alega que el objeto del contrato no es otro que la elaboración y distribución de menús refrigerados a los domicilios de los usuarios del servicio de ayuda a domicilio y que ni los pliegos ni la memoria justifican en qué medida la distancia de las instalaciones de cada candidato con la Concejalía de Bienestar Social mejora alguna de las características del servicio, pues su única justificación en el expediente es la de *“garantizar la prestación del servicio en favor de usuarios que, por razones de urgencia, no hayan podido preavisar en el plazo de 48 horas”*, no existiendo motivación alguna para las horquillas de distancias empleadas y la baremación de puntuación en función de la distancia, que por otro lado viene referida a la Concejalía, cuando los menús se entregan en los domicilios de los usuarios.

A su juicio, la hora de entrega imperativa (antes de las 14:00 horas) prevista por el PPT convierte en irrelevante la distancia de las instalaciones de los licitadores

a la Concejalía, más aún cuando el servicio es semanal (no diario) y transportado en frío o refrigerado (no en caliente), pues los alimentos se elaboran en las cocinas centrales del contratista, se someten a un proceso de enfriamiento y se entregan envasados en bandejas térmicas termoselladas y resistentes al microondas, a fin de que los usuarios puedan calentar los menús en su domicilio, no incidiendo la distancia en la calidad ni en la seguridad alimentaria del menú, como ocurriría en un servicio transportado en caliente, en que una mayor distancia sí incide de forma directa en el cumplimiento del contrato.

Y cita varias resoluciones de tribunales de recursos contractuales para apoyar sus pretensiones, una de ellas, la Resolución 144/2019, de 26 de septiembre, del TARCCYL, aplicable a un servicio de restauración en modo refrigerado, en que se estima que el criterio de valoración relacionado con la distancia otorga una ventaja competitiva injustificada a favor de determinadas empresas.

Por su parte, el órgano de contratación alega vinculación del citado criterio con el objeto del contrato, en concreto, con la calidad del servicio, pues a mayor distancia, más tiempo de inversión en el reparto, con un riesgo real de retrasos en el horario de entrega. Añade que contar con un punto de elaboración en el municipio o próximo al mismo permite garantizar el servicio en supuestos no previstos con preaviso de 48 horas y que una mayor distancia incrementa el precio del servicio.

Añade que no se produce menoscabo a los licitadores con este criterio pues no se exige que el centro de elaboración de menús sea propiedad del licitador, pudiendo utilizar otras fórmulas jurídicas.

Y defiende que los Tribunales de Recursos Contractuales, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la jurisprudencia permiten criterios de adjudicación por razones de arraigo territorial cuando se valore que el operador tenga a su disposición una infraestructura que le permita proporcionar el servicio contratado en condiciones de solvencia en la gestión, de cercanía en la prestación del servicio, y

de facilidad para los usuarios, lo cual no operaría con un carácter discriminatorio pues no importa la vecindad, domicilio o lugar de la sede social del licitador.

Vistas las alegaciones de las partes, la cuestión se centra en determinar si el criterio guarda relación con el objeto del contrato y tiene o no efectos discriminatorios que puedan vulnerar el principio de libre competencia.

La cláusula primera del pliego de cláusulas económico administrativas y del pliego de prescripciones técnicas definen el objeto del contrato como el servicio a domicilio de alimentos preparados: distribución de alimentos, “*raciones alimenticias equilibradas*” en el domicilio de los beneficiarios del servicio. La elaboración de los alimentos se realizará en cocina centralizada, para posterior distribución en condiciones adecuadas de higiene y seguridad, a los domicilios de los beneficiarios del servicio, vecinos/as de Torrejón de Ardoz, derivados por los servicios sociales municipales, sin coste para los mismos y aquellas personas mayores de 60 años o personas dependientes que deseen hacer uso del servicio, previo abono del precio del menú.

En cuanto a sus características, el pliego continúa prescribiendo que los alimentos deberán estar envasados en bandejas térmicas o recipientes individuales resistentes al microondas, desechables y termo-sellados; y que el reparto deberá realizarse, cumpliendo con los requisitos de envasado y en vehículo destinado al efecto, en contenedores isotermos, antes de las 14:00 horas en los domicilios de los destinatarios.

Los criterios de adjudicación se encuentran previstos por la cláusula undécima del PCAP, que dispone que la puntuación máxima a obtener será de 50 puntos, en aplicación de varios criterios: precio del menú, hasta 20 puntos; distancia del punto de elaboración de los alimentos preparados, hasta 15 puntos; y días a la semana de distribución de los menús, hasta 15 puntos.

Entre estos criterios, se encuentra el impugnado, redactado como sigue:

“(…)

b) Se valorará 15 puntos las ofertas presentadas por entidades que tengan su punto elaboración de los alimentos preparados en un radio menor a 7 Kilómetros, tomando como referencia la Concejalía de Bienestar del Ayto. de Torrejón de Ardoz. A partir de 7 km y hasta 12 km se otorgarán 7,5 puntos. Este criterio tiene por objeto garantizar la prestación del servicio en favor de usuarios que por razones de urgencia, no hayan podido preavisar en el plazo de 48 horas. Para justificar este criterio se hará mediante su medición a través de la aplicación Google maps, tomando como referencia el establecimiento en el que se elaborarán los menús”.

Ni la memoria económica ni el informe de necesidad que obran en el expediente contienen justificación adicional de los criterios de valoración de las ofertas.

Sentado lo anterior, procede señalar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 145 de la LCSP, los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben estar vinculados al objeto del contrato, ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Atendiendo a lo estipulado, el criterio de este Tribunal es la consideración del arraigo territorial de las empresas como una limitación de la concurrencia competitiva y de la libertad de acceso en las licitaciones que debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que, en caso de introducirse, debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface debiendo resultar proporcional a los fines que la justifican.

Como ya señalamos en nuestra Resolución nº 205/2022, de 26 de mayo, según el TJUE la admisión de una cláusula de arraigo territorial solo es posible si concurren 4 requisitos:

1. Que se apliquen de manera no discriminatoria.
2. Que estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
3. Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.
4. Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Como señala igualmente el TACRC en su Resolución nº 328/2018, de 6 de abril de 2018, *“este tipo de cláusulas -a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato”*.

En el caso que nos ocupa no se exige a los licitadores tener el punto de elaboración de los menús en el municipio, ni tampoco se limita una distancia máxima, ahora bien, se favorece a aquellos licitadores que tengan su punto de elaboración en un radio inferior a 7 kilómetros del punto determinado en los pliegos, los cuales recibirán 15 puntos. Por su parte, los que tengan el punto de elaboración en un radio a partir de los 7 kilómetros y hasta los 12 kilómetros, recibirán 7,5 puntos. Y no recibirán puntuación aquellos licitadores que elaboren sus alimentos en un punto situado a más de 12 kilómetros de la Concejalía.

Pues bien, la necesidad administrativa a satisfacer con este contrato es la de garantizar la adecuada alimentación, a través de alimentos elaborados y servidos a domicilio, de las personas mayores, dependientes y/o discapacitados que, encontrándose en intervención en los servicios sociales municipales, y con ausencia o escasez de recursos económicos y apoyos familiares, se encuentran en situación de vulnerabilidad social, así como la de la ciudadanía mayor de 60 años, dependiente y/o discapacitada, no derivada desde los servicios sociales, que, en este último caso, abone previamente el coste de menú.

Entre las obligaciones del contratista previstas por la cláusula decimonovena del PCAP se encuentra la entrega de los menús a destinatarios derivados de los servicios sociales municipales con la periodicidad establecida en la derivación y en el horario acordado con el adjudicatario primando la disponibilidad del destinatario, realizándose la entrega al menos dos veces por semana (en días no festivos). Las entregas correspondientes a sábados y días festivos se realizarán en el día anterior hábil, debiendo garantizar la empresa adjudicataria la conservación adecuada de los alimentos para consumo en los días no hábiles para los que están destinados los menús.

A juicio de este Tribunal, no resulta proporcional a la necesidad administrativa y el objeto del contrato, en las condiciones de prestación establecidas, el establecimiento de un criterio de valoración de ofertas en función de la distancia de las instalaciones de preparación de los menús de los licitadores a menos de 12 kilómetros de la Concejalía, pues supone una restricción a la competencia que no aporta un valor añadido a la entrega de los menús y que no encuentra justificación suficiente en la garantía de prestación del servicio no preavisada con 48 horas de antelación, favoreciendo a las empresas que posean su punto de elaboración de menús en ese radio, frente a las que lo tengan a una mayor distancia, pero que puedan prestarlo en las condiciones exigidas en los pliegos.

En consecuencia, se estima este motivo de impugnación al no considerarse justificado el criterio de valoración previsto por el apartado b) de la cláusula undécima del PCAP.

El segundo motivo de impugnación se centra en la infracción del artículo 90 de la LCSP a través del CPV consignado en el contrato que, a juicio de la recurrente, impide tener en consideración otros servicios con una relación más directa y específica con el objeto del contrato.

Apunta que, para acreditar la solvencia técnica de acuerdo a la cláusula séptima del PCAP, resulta necesario presentar una relación de los principales servicios prestados en los últimos tres años que correspondan con los tres primeros dígitos del CPV 85312200-1 *“Reparto a domicilio de alimentos”*, de forma que los trabajos o servicios clasificados con un código que comience por 853, todos ellos relacionados con la asistencia social y otros servicios sociales, serán los considerados de igual o similar naturaleza, cuando poco o nada tienen que ver con el objeto del contrato, que es la elaboración de menús en una cocina central y su distribución a los domicilios de los usuarios. Sin embargo, se impide tener en consideración otros servicios con una relación más directa y específica con ese objeto, como son algunas de las categorías de la división 55000000-0 *“Servicios comerciales al por menor de hostelería y restauración”*, que incluyen servicios de suministro, preparación, elaboración y entrega de comidas, para particulares y a domicilio, pudiendo llegarse a la situación absurda de poder acreditar la solvencia a través de la gestión de una residencia y no a través de la restauración a domicilio para colectividades en sistema refrigerado.

En consideración a lo argumentado, entiende la necesaria declaración de nulidad de la cláusula séptima al no garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato, restringiendo injustificada e innecesariamente la concurrencia.

Contraargumenta el órgano de contratación que se trata de un servicio asistencial de reparto a domicilio de alimentos para personas beneficiarias del servicio, vecinos/as de Torrejón de Ardoz, que a tal efecto sean derivados por los servicios sociales municipales, así como para personas mayores de 60 años y/o dependientes que lo deseen, por lo que existe correlación entre el objeto del contrato y el CPV exigido en los pliegos, siendo el que más se asimila a la esencia del contrato, indicando que la asignación del CPV tiene una finalidad descriptiva y clasificatoria, y un carácter orientativo, no vinculante. Y trae a colación Resolución del TARCCYL 44/2018, de 6 de junio, con cita de la Resolución 78/2018, de 26 de enero, del TACRC,

en la que se establece que *“la finalidad del CPV es descriptiva y clasificatoria, por lo que el error en la determinación del CPV es un defecto subsanable que no puede tener consecuencias anulatorias del pliego”*.

A efectos de resolver la cuestión controvertida entre las partes, centrada en determinar si el tenor de la cláusula impugnada impide o no realmente la concurrencia competitiva, procede transcribir lo establecido por la cláusula séptima, apartado 3.2 del PCAP:

“3.2. La solvencia técnica del empresario se acreditará por el siguiente medio, debiendo acreditar la concurrencia de todos:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los trabajos 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 éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Estos extremos que se acreditarán mediante certificados o informes expedidos por los destinatarios (públicos o privados) del servicio, en los que conste descripción del servicio, importe, periodo en el que se prestó.

(...)

Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se entenderá cumplida si cumple con los tres primeros dígitos del código/s del CPV indicado en la cláusula primera del presente pliego”.

La concreción del objeto contractual y de la necesidad administrativa a satisfacer ha sido objeto de análisis en el anterior motivo de impugnación, centrándose en garantizar la adecuada alimentación, a través de alimentos elaborados y servidos a domicilio, de las personas mayores, dependientes y/o discapacitados que,

encontrándose en intervención en los servicios sociales municipales, y con ausencia o escasez de recursos económicos y apoyos familiares, se encuentran en situación de vulnerabilidad social, así como la de la ciudadanía mayor de 60 años, dependiente y/o discapacitada, no derivada desde los servicios sociales, que, en este último caso, abone previamente el coste de menú.

Para este Tribunal, el servicio objeto de contratación, aun enmarcándose en las políticas municipales de desarrollo de programas que fomenten el bienestar, inserción social y autonomía de personas mayores, dependientes y/o discapacitadas, no reviste un carácter asistencial, pues se limita a la elaboración, transporte y entrega de los menús en el domicilio de los usuarios del servicio, de modo que nada impide que el servicio pueda prestarse por empresas con experiencia acreditada en los servicios de elaboración y reparto de comidas, similares a los del objeto de licitación, de modo que si el pliego se remite a las tres primeras cifras de la codificación CPV para entender que un trabajo o servicio es de similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, deberán consignarse en el pliego los códigos CPV que guarden relación con ese objeto, a efectos de abrir la competencia efectiva en la licitación a todas aquellos licitadores que puedan participar en ella.

Procede por tanto estimar el segundo motivo de impugnación.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Cocinas Centrales, S.A. contra los pliegos que

rigen la licitación del contrato del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz denominado “servicio para el desarrollo del programa social: ¡Mejor comemos en casa!”, número de expediente PA 28/2023, anulando el criterio de adjudicación previsto por el apartado b) de la cláusula undécima y el apartado 3.2 de la cláusula séptima, ambos del PCAP, puesto este último en relación con el único CPV consignado en el contrato, que no permite la concurrencia efectiva en la licitación.

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 acordada por este Tribunal en fecha 24 de enero de 2023.

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.