

Recursos acumulados nº 244 y 245/2022

Resolución nº 260/2022

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

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

VISTOS los recursos especiales acumulados en materia de contratación interpuestos por la representación de las empresas Hermanos Vidal, S.L. y Frutícolas Ateca, S.L., contra la adjudicación a Plataforma Femar, S.L. de los lotes 4 y 6 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 (centro de personas con discapacidad intelectual) Mirasierra, 2 CO (centros ocupacionales) y 4 RM (residencia de mayores).

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.

Las puntuaciones totales del lote 4 fueron:

Plataforma Femar, S.L. : 100

Serunion, S.A. : 98,33

Hermanos Vidal, S.L. : 43,67

Y las del lote 6:

Plataforma Femar, S.L. : 100

Serunion S.A.: 49

Frutícolas Ateca S.L.: 42,2

Cuarto.- El 30 de mayo se publica la resolución de adjudicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, contra la que interponen los recursos especiales en materia de contratación con fecha de 20 de junio. Los mismos se fundamentan en:

La adjudicataria no ha acreditado los requisitos de solvencia técnica exigida en los pliegos, motivo por el cual debió haber sido excluida de la licitación. De igual modo, incumple tal criterio de solvencia la segunda empresa clasificada Serunion S.A.

En el caso de que se considerase que la empresa Femar sí cumple tal requisito de solvencia técnica, la Administración ha incumplido la obligación prevista

en el pliego, de exigir al propuesto como adjudicatario que acredite disponer de almacén bajo las características exigidas en la cláusula 3.6 del PPT.

Quinto.- El 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 (en adelante, LCSP).

Sexto.- El día 1 de julio presentan alegaciones el adjudicatario recurrido.

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.- Los recursos no han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al no resultar adjudicatario de estimarse su recurso contra el adjudicatario, y no ser impugnabile la solvencia del segundo clasificado.

Estarían legitimados conforme al artículo 48 de la LCSP aquéllos *“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).

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el 30 mayo de 2022, interponiéndose el recurso ante este

Tribunal el 20 de junio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El acto es recurrible, de acuerdo con los artículos 44.1.a) y 2. c) de la LCSP.

Cuarto.- Procede la acumulación de los recursos conforme al artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Existe identidad argumental entre ambos recursos, 244 y 245 del 2022.

Quinto.- Los recursos sobre los lotes 4 y 6 se fundamentan en las mismas alegaciones

- a) Falta de acreditación de la solvencia técnica de la empresa Plataforma Femar, S.L., adjudicataria del contrato.
- b) Falta de requerimiento a Plataforma Femar, S.L., como adjudicataria del contrato, de la acreditación del compromiso de adscripción de medios materiales a la ejecución del contrato, en relación a los almacenes con las características exigidas en la cláusula 3.6 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).
- c) Que la segunda empresa mejor clasificada, Serunion, S.A., carece de capacidad por su objeto social, de solvencia técnica y que los certificados de la ISO 2200 aportados no son válidos.

Tal y como alega el órgano de contratación, y hemos dicho reiteradas veces, el tercer clasificado no se encuentra legitimado para recurrir la adjudicación, porque el beneficiario de que prosperase su recurso no sería él mismo sino el segundo

clasificado. Para intentar dar viabilidad al recurso, se impugna la adjudicación y la clasificación del segundo. Ambos deberían ser excluidos en beneficio del tercero, según los recurrentes.

Por ejemplo, en la Resolución 157/2022 de 21 de abril hemos escrito:

“(...) <Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, 87/2014, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o

utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

Consta en el Acuerdo de adjudicación que, previa exclusión de los cuatro primeros clasificados por los motivos que allí se exponen, se adjudica el contrato a Norintegra Services, S.L. que obtiene una puntuación total de 94,22.

El clasificado en el siguiente lugar es Dondore`S Management, S.L. con una puntuación de 92,34 y en la siguiente posición la recurrente con una puntuación de 76,05.

En definitiva, el recurrente actualmente está clasificación en tercer lugar, por lo que al no haber realizado en su recurso ninguna alegación en relación con el clasificado en segundo lugar, en el supuesto de que se estimase el recurso ningún beneficio le reportaría pues no resultaría adjudicatario del contrato >(…)”.

Tal y como reconocen los propios recurrentes la impugnación de la solvencia técnica del segundo clasificado no se basa en la documentación obrante en el expediente de contratación, porque Serunion S.A. no ha tenido que acreditarla, ya que dicha exigencia solo se impone al propuesto adjudicatario, según el artículo 150.2 de la LCSP. Igual lo que atañe al objeto social.

Las alegaciones de los recurrentes son una mera especulación ajena a la documentación requerible según los pliegos para acreditar estos extremos, especulación que no es susceptible de revisión por este Tribunal, que conoce de “actuaciones” de los poderes adjudicadores, y, entre ellas, de los “acuerdos de adjudicación” (artículo 44.2 LCSP). Lo revisable es una actuación de los órganos de contratación, no existiendo actuación alguna de la mesa o del órgano de contratación reconociendo al segundo clasificado la aptitud y solvencia ahora

cuestionada por los recurrentes, puesto que no ha podido ser requerido para acreditarla , al no clasificarse en primer lugar.

No hay materia objeto del recurso especial en materia de contratación en la impugnación concerniente a Serunion S.A.

En cuanto al certificado ISO es un criterio automático de adjudicación sobre gestión de la seguridad alimentaria, habiendo presentado Serunion S.A. el certificado acreditativo exigido.

No pudiendo prosperar las alegaciones sobre el segundo clasificado, los recurrentes que siguen en tercer lugar no se encuentran legitimados para recurrir, conforme a lo ya expuesto, no siendo procedente entrar a valorar los motivos del recurso respecto del primer clasificado, que, no obstante, ha contestado impugnándolos.

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.- Inadmitir los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación de las empresas Hermanos Vidal, S.L. y Frutícolas Ateca, S.L., contra la adjudicación a Plataforma Femar, S.L. de los lotes 4 y 6 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), por la causa consignada en el artículo 55 b) de la LCSP.

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.