



Recurso nº 955/2023

Resolución nº 1107/2023

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 07 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.C., en representación de DISTRIBUCIONES ROBRERA, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento de contratación de 17 contratos para el *"Suministro de materias primas para la alimentación de los centros penitenciarios"*, 24 lotes cada contrato, convocado por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante, TPFE) publicó el 24 de junio de 2023, la licitación de 17 contratos para el *"Suministro de materias primas para la alimentación de los centros penitenciarios"*. Posteriormente, los días 27 y 28 de junio de 2023, se publicó en el DOUE y en el BOE, respectivamente. Comprende 17 expedientes divididos por áreas geográficas, y a su vez, divididos en 24 lotes, según los alimentos a suministrar.

El presupuesto base de licitación de todos los contratos asciende a 84.661.142.82 euros.

Segundo. La empresa DISTRIBUCIONES ROBRERA, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación cuestionando los plazos de publicación de los pliegos y diversos aspectos de los mismos. TPFE ha emitido informe solicitando la desestimación del recurso.

Tercero. Con fecha 17 de julio de 2023, se dió traslado del recurso a los demás interesados a fin de que en el plazo de cinco días formulen las alegaciones que a su derecho estimen oportunos, no habiendo evacuado dicho trámite ninguno de ellos.



Cuarto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El contrato, siendo uno de suministros con valor estimado superior a los 100.000 euros, es susceptible de recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP. El acto recurrido (pliegos y anuncio de licitación) son es también susceptibles de impugnación, de acuerdo con el artículo 44.2 a).

Cuarto. Con respecto al requisito de legitimación, la recurrente la ostenta, conforme al artículo 48 de la LCSP, en la medida que su objeto social le habilita para presentar oferta a la licitación y así lo ha efectuado.

Quinto. La recurrente cuestiona, en primer lugar, que no se han respetado los plazos mínimos de presentación de ofertas. Señala que estamos ante contratos tramitados mediante procedimiento abierto y sujetos a regulación armonizada, siendo el plazo de presentación de proposiciones no inferior a cincuenta y dos días. El plazo de presentación, afirma la recurrente, puede reducirse hasta veintidós días cuando se haya enviado anuncio de información previa que cumpla los requisitos establecidos en la LCSP y en siete adicionales cuando el anuncio se haga por medios electrónicos.



Añade que esta reducción sólo es admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado al DOUE para su publicación antes de los 52 días anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación. En el caso que nos ocupa el anuncio de información previa fue enviado el 12 de mayo de 2023 y el anuncio de licitación en la Plataforma se publicó el 26 de junio siguiente. Alega que entre ambas fechas median 45 días, faltando 7 días para cumplir con el plazo señalado.

En segundo lugar, denuncia un indebido fraccionamiento del contrato. Manifiesta que todos los expedientes tienen la misma memoria justificativa, el objeto es idéntico y comparten el mismo día de publicación, fin de plazo de entrega, plazo de ejecución, apertura de ofertas, precios unitarios, mesas de contratación, es decir, todo, excepto la cuantía, pues en unas zonas hay más población reclusa que en otras.

Cita el artículo 99.2 y 3 de la LCSP que establecen que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan y que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Debió, según su criterio, haberse dividido el único contrato en lotes, de forma que, habiendo 17 zonas geográficas y 24 grupos de alimentos, debería haber 408 lotes.

Considera que ha existido un fraccionamiento indebido, citando en apoyo de su tesis el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 45/2018, la resolución de este Tribunal nº 571/2016 (que recoge pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). A la vista de esta doctrina concluye que en los contratos licitados no existe por separado ni unidad técnica ni económica. Si un contrato se fracciona, argumentando criterios técnicos o geográficos, como es el caso, existiendo una unidad funcional, unidad económica y muchas vinculaciones, este fraccionamiento es irregular.

En tercer lugar, se cuestiona la regulación de la solvencia económica y técnica. Dado que se han licitado 17 contratos distintos, la solvencia se exige por separado, de forma que un mismo licitador puede licitar por todos los contratos, teniendo, en realidad, solvencia sólo para uno, es decir, multiplicando su solvencia por 17. Lo lógico es que la acreditación de la solvencia se exigiera a la suma de los lotes en que se participara en cada uno de los 17 expedientes.



Sexto. El órgano de contratación rechaza que no se hayan respetado los plazos mínimos de presentación de ofertas porque entre el día de remisión al DOUE del anuncio previo el 12 de mayo de 2023 y el día de publicación del anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 24 de junio de 2023, median 45 días, por tanto, está dentro del plazo establecido en la LCSP: un mínimo de 35 y un máximo de 12 de meses.

Por lo que se refiere a la división del suministro en varios contratos, sostiene que el objeto de obtener el suministro de todas las materias primas necesarias para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios, no puede alcanzarse con criterios de eficiencia y eficacia administrativa mediante un único contrato, puesto que la magnitud del mismo sería tal, que probablemente sólo dos o tres empresas del sector de la producción y distribución agroalimentaria podrían presentar oferta, limitándose la concurrencia de manera drástica y probablemente llegando a la imposibilidad de encontrar licitadores, por la gran variedad de productos que deben ser suministrados. Estos productos no son homogéneos, ni pueden tratarse como una unidad, tanto por su origen y diferente procedencia geográfica, canales de producción y distribución, como su presentación, como por sus necesidades de conservación y transporte, como por los requisitos que debe cumplir cada uno de ellos desde el punto de vista sanitario.

También se ha tenido en cuenta para la división en diferentes contratos la cantidad, heterogeneidad y dispersión de los puntos de suministro de los diferentes productos que se precisan para prestar el contrato.

Las dos circunstancias mencionadas determinan el riesgo de que no existan en España muchas empresas que pudieran hacer frente a las exigencias de un único contrato, siendo un escenario probable que el mismo quedara desierto.

Con la división en varios contratos y varios lotes dentro de cada uno no sólo no se pretende disminuir la cuantía del contrato y eludir los requisitos de publicidad o de procedimiento de adjudicación, sino que se busca promover la máxima concurrencia.

Afirma que la memoria justificativa es única para todos los contratos, en aras de facilitar el acceso a las empresas interesadas, entendiendo que es más sencillo un único elemento común que 408.



Por último, en relación con la solvencia técnica y económica, señala que las empresas pueden resultar adjudicatarias de uno o varios lotes de diferentes expedientes, no de un único contrato, siendo independiente su participación en cada uno de los expedientes. El cálculo hecho en el recurso, a su juicio, determinaría de manera irremediable una limitación de la concurrencia.

Séptimo. Son tres, por tanto, los motivos de impugnación de los pliegos: la falta de respeto del plazo mínimo de presentación de ofertas, el fraccionamiento indebido del contrato y la incorrecta fijación de la solvencia económica y financiera.

Octavo. En relación con el primero de los motivos, como es sabido, en relación con el procedimiento abierto, el artículo 156.2 de la LCSP establece que en los casos de sujeción a contratación armonizada el plazo de presentación de las proposiciones no será inferior a 35 días y no 52 días como se señala erróneamente en el recurso con base en un precepto (artículo 159.1) de una legislación derogada, como es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), lo que bastaría para rechazar tajantemente este motivo.

No obstante, para confirmar la legalidad de la actuación del órgano de contratación hay que destacar que el apartado siguiente del citado artículo 156.2, permite reducir los plazos en el caso de suministros a 15 días cuando el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa con una antelación mínima de treinta y cinco días y máxima de doce meses antes de la fecha de envío del anuncio de la licitación.

Consta en el expediente que la publicación del anuncio previo tuvo lugar el 17 de mayo de 2023 y el anuncio de licitación en la Plataforma tuvo lugar el 24 de junio, por lo que había transcurrido con creces el plazo mínimo citado entre el anuncio previo y el anuncio de licitación. Incluso, a efectos dialécticos, habría transcurrido el plazo de 36 días, con reducción de plazos por envío del anuncio previo que señalaba el artículo 159.1 del derogado TRLCSPP. También se respetó el plazo mínimo de 15 días para la presentación de ofertas.

El motivo debe ser rotundamente desestimado por su evidente temeridad.



Noveno. En relación con el indebido fraccionamiento del contrato, según los antecedentes que hemos expuesto, no existe indicio alguno que el fraccionamiento del contrato haya tenido por objeto eludir las normas de publicidad o de las que rigen el procedimiento de adjudicación.

Queda por analizar, si pese a ello, existen razones que justifiquen la decisión tomada. En línea con lo sostenido por el órgano de contratación, entendemos, dentro del marco del respeto a su discrecionalidad técnica, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, que las prestaciones contratadas de forma separada por razones geográficas conservan su sentido técnico o económico, no sufriendo menoscabo por su ejecución por separado. De hecho, el razonamiento sostenido por la recurrente es claramente contrario al espíritu de la LCSP que cristaliza en materia contractual el principio de libre competencia, debiendo por ende fomentarse la competitividad y la transparencia y, además, el favorecimiento de concurrencia de las PYMES, permitiendo a todos aquéllos operadores de mercado que lo deseen concurrir como licitadores a un procedimiento de contratación. En este sentido, nos parece muy razonable y acertada la justificación que ofrece el órgano de contratación a favor de la división en lotes, que comparte plenamente este Tribunal:

“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es clara en relación a los contratos fraccionados, así, su artículo 99.2 señala que: “No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”. Según el tenor de la Ley, el órgano de contratación puede fraccionar un determinado contrato, pero respetando las previsiones legales para ello.

La cuestión ha sido trasladada a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, la cual se ha pronunciado en diversas ocasiones, como en los informes 31/2012 y 86/2018, entre otros, en los que se dice que: “...existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente (...)” Y la propia Junta en diversos informes ha concluido que corresponde al órgano de contratación el análisis de cada caso concreto, sobre las bases de los requisitos de unidad funcional o vínculo operativo, sin que quepa ofrecer una solución única y general a la cuestión.



Hay varios elementos a tener en cuenta para identificar una fracción inapropiada de un contrato:

- Por un lado, que exista unidad funcional, es decir, que todos los elementos o prestaciones de los diversos contratos fraccionados atiendan a un fin único que se podía lograr mediante la suscripción de un único contrato y que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración de éste. No es el caso de la licitación que nos ocupa.

- Por otro lado, que la fracción se hubiera hecho con el objeto de escapar del régimen jurídico que correspondería al contrato de no haberse fraccionado. Tampoco se da esta circunstancia.

Esto es así por las razones siguientes:

El fin de obtener el suministro de todas las materias primas necesarias para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios, que es el objetivo que tiene encomendado TPFE y objeto de la licitación que se recurre, no puede alcanzarse con criterios de eficiencia y eficacia administrativa mediante un único contrato, puesto que la magnitud del mismo sería tal, que probablemente solo dos o tres empresas del sector de la producción y distribución agroalimentaria podrían concurrir, limitando la concurrencia de manera drástica y probablemente llegando a la imposibilidad de encontrar licitadores, en primer lugar por la gran variedad de productos que deben ser suministrados para conseguir, en cada Centro Penitenciario, “una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas”, según establece el artículo 226 del Reglamento penitenciario vigente.

Los productos que se suministran no son homogéneos ni pueden tratarse como una unidad, tanto por su origen y diferente procedencia geográfica, canales de producción y distribución, como por su presentación (a granel, envasado, fresco, ultracongelado, natural, procesado o ultraprocesado), como por sus necesidades de conservación y transporte (diferentes para cada producto: carne fresca, congelados, fruta, verdura, lácteos, pescados, legumbres, aceite, leche, café, infusiones, especias, etc), como por los requisitos que deben cumplir cada uno de ellos desde el punto de vista sanitario, entre otras circunstancias.



También se tiene en cuenta para la división en diferentes contratos la cantidad, heterogeneidad y dispersión de los puntos de suministro de los diferentes productos que se precisan para prestar este servicio público: Centros Penitenciarios que están repartidos por la geografía española peninsular (con la excepción de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña), pero también en las islas de Mallorca, Menorca, Gran Canaria, Tenerife, La Palma y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y en todos estos Establecimientos, diferentes costumbres culinarias, diferente población reclusa y diferente climatología, que deben ser tenidos en cuenta en la preparación de la alimentación, según establece el artículo 226 del Reglamento Penitenciario ya citado.

Estando estas dos circunstancias presentes en la licitación de TPFE (gran diversidad de productos con características heterogéneas a suministrar y numerosos y no homogéneos puntos de suministro, que además no están próximos los unos a los otros), no parece que existan en España muchas empresas que pudieran hacer frente a las exigencias de un único contrato, siendo un escenario probable que tal contrato quedara desierto y que la Administración Penitenciaria no llegara a cumplir el servicio público que tiene encomendado.

Realizando más de un contrato por las razones expuestas y estando éstos además divididos en lotes, según promueve la LCSP como forma ordinaria de licitar y ejecutar los contratos, TPFE no solo no pretende disminuir la cuantía del contrato y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación, sino que bien al contrario busca el objetivo de promover la máxima concurrencia, facilitando el acceso de todo tipo de empresa a la contratación pública, en especial a las PYMES, superando las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos, en el sentido de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que introdujo un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos, al establecer como regla general la división de los contratos públicos en lotes, y cuya trasposición ha dado lugar a los artículos 1.3 y 99.3 de la LCSP.

La Directiva 2014/24/UE señala cómo deberían realizarse los lotes, en el considerando 78, al decir que “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...”



Hay que añadir que una mayor concurrencia redundará en una mejor prestación del servicio público, puesto que el precio de los productos suministrados será más ajustado cuantas más empresas participen en la licitación, lo que lleva a una mayor eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

En el caso de la licitación objeto de recurso, la memoria justificativa es única para todos los expedientes, precisamente en aras a facilitar el acceso a las posibles empresas interesadas, entendiéndose que es más sencillo buscar y acceder a un único documento común que a 408, como parece proponer el recurrente.

En conclusión, consideramos que técnicamente sería prácticamente inviable realizar un solo expediente con 408 lotes en todas las zonas geográficas que debe cubrir el suministro de materias primas para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios, no existiendo en los expedientes de la licitación ninguna condición elusiva respecto a las condiciones de publicidad, adjudicación y ejecución de los diferentes contratos, cumpliendo por tanto el órgano de contratación con las exigencias legales y buscando la máxima eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público que tiene encomendado, produciéndose un grave quebranto en el interés público con cualquier retraso en esta licitación, que podría suponer la ausencia de las materias primas necesarias para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios para el año 2024”.

La adjudicación de los contratos de manera separada supone por tanto (además de no menoscabar su ejecución) no solo una mayor participación y apertura al mercado, sino que además fomenta la obtención de una mejor solución, lo que determina también la desestimación de este motivo.

Décimo. La suerte del tercer motivo de impugnación está íntimamente ligada con el anterior. Obviamente, si se considerase que, en vez de licitar contratos separados por áreas geográficas, era necesario la licitación conjunta dividiendo las zonas en lotes, la solvencia exigible a los licitadores sería acumulativa, en función de los lotes a los que presentaran ofertas.

Al ser contratos independientes, sólo ha de tenerse en cuenta si se tiene o no solvencia para cada licitación independiente, sin tener en cuenta el resto. La determinación de la solvencia corresponde al órgano de contratación, en virtud del principio de discrecionalidad técnica,



cuyos límites no se han superado en este caso, al no observarse ni error, ni arbitrariedad en su fijación.

También ha de desestimarse este motivo y con ello íntegramente el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.R.C., en representación de DISTRIBUCIONES ROBRERA, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento de contratación de 17 contratos para el *“Suministro de materias primas para la alimentación de los centros penitenciarios”*, 24 lotes cada contrato, convocado por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES