

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de AB Servicios Selecta España S.L.U., (en adelante Selecta), contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 13 de junio, por la que se adjudica el contrato de concesión de servicios denominado “Servicios de instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios en el HU 12 de octubre” número de expediente 2024-0-13 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados, en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid los días 7 y 8 de febrero de 2024 respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 7.055.747,61 euros y su plazo de

duración será de 36 meses.

A la presente licitación se han presentado dos propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente

Segundo. – A fin de resolver el presente recurso es necesario traer a colación lo establecido en el apartado 3.3 del PPTP: *“Será obligatorio, que el 100 % del café que se dispense en las máquinas proceda del comercio justo, siendo necesario justificarlo a través de la correspondiente certificación (FAIRTRADE).”*

Con fecha 30 de mayo de 2024, se dictó por este Tribunal la Resolución 216/2024, por la que se anulaba la adjudicación del contrato a la hoy recurrente y se la consideraba excluida del procedimiento de licitación por presentar una oferta que no cumplía con las prescripciones técnicas mínimas establecidas en los pliegos de condiciones.

Tercero. - El 26 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Selecta en el que solicita la anulación de la adjudicación por no haberse acreditado el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones por la oferta de la adjudicataria.

El 14 de julio 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).

Cuarto.- La tramitación 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 adjudicatario, 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 plazo y forma Selecta presenta escrito de alegaciones de cuyo cumplimiento se dará cuenta en el fundamento quinto de esta resolución.

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. - En cuanto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP reconoce ésta a las personas físicas o jurídicas “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

Por su parte, el adjudicatario sostiene, en el mismo sentido que el órgano de contratación, la falta de legitimación de la recurrente.

Como se ha señalado en los antecedentes, este Tribunal mediante Resolución 216/2024 de 30 de mayo acordó estimar el recurso presentado por Gestión de Máquinas S.L., contra el acuerdo de adjudicación a la hoy recurrente, acordándose la anulación de dicha adjudicación y la exclusión del procedimiento de licitación, por lo

que debe analizarse la legitimación para recurrir la adjudicación del contrato de una empresa excluida de la licitación.

El artículo 48 de la LCSP establece *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Es jurisprudencia reiterada, plasmada en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico, 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.

Es doctrina de este Tribunal, recogida en numerosas resoluciones, que el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 48 de la LCSP para recurrir posteriormente contra la adjudicación. Igualmente, este Tribunal considera que no puede basarse la legitimación de un recurrente en la presunción de que la declaración de desierto de un procedimiento de licitación supondrá necesariamente una nueva oportunidad para la recurrente excluida, porque renacería su derecho a ser adjudicataria en un nuevo procedimiento, puesto que el órgano de contratación no está obligado a licitar de nuevo la contratación anulada ni a hacerlo en las mismas condiciones.

En este sentido, sobre la legitimación se pronunciaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 24 de marzo de 2021 (asunto C-271/19), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, “por el Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)],

Grecia”, precisa más la doctrina: “41 (...) el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta. 42 Dicho esto, el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32)”. En el mismo sentido, la STJUE de 9 de febrero de 2023 (Asunto 53/22).

En el caso que nos ocupa, la recurrente ha confirmado la presentación de recurso contencioso-administrativo contra la resolución de este Tribunal que confirmó su exclusión, por lo que, al no haber alcanzado firmeza, procede la admisión de su legitimación para presentar el presente recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de abril de 2024, practicada la notificación el 8 de abril de 2024 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 26 de abril 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 la adjudicación en el marco de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. – Plantea Selecta como único motivo de recurso, que las certificaciones Fairtrade sobre la procedencia del café, en concreto de comercio justo, no están expedidas a nombre de Gestión de Máquinas, sino a nombre de Alliance Vending, empresa que no es licitadora en este contrato.

Asimismo, considera que el certificado expedido FLO 6046 de Alliance Vending S.L. no existe como tal, ni tampoco se encuentra documentada la relación con la compañía mercantil GEDEMASA.

En resumen, sostiene que quien parece estar certificado por Fairtrade relativo al café 100% comercio justo es Alliance Vending, lo que en consecuencia lleva a anular directamente la adjudicación acordada por incumplimiento por parte de GEDEMASA de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones.

A mayor abundamiento pone de relieve que en el procedimiento de licitación varios informes técnicos se refieren a Alliance Vending y no a la licitadora, hoy adjudicataria.

En conclusión, GEDEMASA, no cumple con las prescripciones técnicas establecidas por lo que debe ser excluida su oferta del procedimiento de licitación.

El órgano de contratación en un informe excesivamente escueto manifiesta que: *“El PPT establece en el apartado 3.3: Será obligatorio, que el 100 % del café que se dispense en las máquinas proceda del comercio justo, siendo necesario justificarlo a través de la correspondiente certificación (FAIRTRADE).*

De la redacción literal, pero también de la lógica interpretación del requisito, se puede afirmar que la certificación lo es respecto al café distribuido en las máquinas y, por tanto, tendrá que certificarse por el proveedor del café, que es ALLIANCE VENDING S.L., como se indica en la memoria de la oferta (DOC. 4a, pág. 240ss), cumpliéndose, por tanto, con lo exigido en el PPT.

Por lo anterior, se solicita la desestimación de la pretensión de AB SERVICIOS SELECTA ESPAÑA, S.L.U.”.

El adjudicatario en un extenso escrito de alegaciones manifiesta en primer lugar ciertas dudas sobre la legitimación del recurrente que ya se han tratado en el fundamento segundo de derecho de esta resolución.

En segundo lugar, refiere el apartado 3.3 del PPTP que establece: “ (...) Será obligatorio, que el 100% del café que se dispense en las máquinas proceda del comercio justo, siendo necesario justificarlo a través de la correspondiente certificación (Fairtrade)”

Considera: *“cómo las palabras “100 % del café” y “comercio justo” vienen resaltadas en negrita y cursiva, resaltando con ello el redactor del PPT la importancia que le quiere dar respecto a cualquier otra exigencia que contenga el apartado, teniendo en cuenta además que, sólo y exclusivamente, estas palabras son las que se han resaltado en cursiva y negrita, salvo los títulos de los distintos apartados y subapartados, no ya en el apartado 3.3, sino en todo el PPT; dando cuenta ello de la importancia que tiene esta característica del café para el HUDO; y que este hecho, que el 100 % del café provenga del comercio justo es precisamente lo que hay que justificar mediante la certificación FAIRTRADE”.*

En cuanto a la oferta presentada en el apartado 4 Responsabilidad Social Corporativa (paginas 108/117 del lote 1 y 106/115 del lote 2, se manifiesta: *“EL 100 % DEL CAFÉ OFERTADO, en todas sus modalidades, CUMPLE ESCRUPULOSAMENTE CON EL REQUISITO DE PROCEDER DEL COMERCIO JUSTO, justificándolo a través de la correspondiente certificación del sello FAIRTRADE Asociación del Sello de Productos de Comercio Justo, Fairtrade Ibérica, de fecha 02 de febrero de 2023”.*

Acompañándose el documento en el que se aprecia que cumple escrupulosamente con la obligación de que todo el café ofertado proviene del Comercio Justo, y su acreditación correspondiente con el certificado FAIRTRADE.

Reitera, al igual que manifiesta el órgano de contratación, que las certificaciones las obtiene el café, no la empresa que lo comercializa en último destino, de ahí que sea Alliance Vending a nombre de quien se expide las certificaciones, por ser los compradores de la materia prima, que después venden a las empresas, entre ellas GEDEMASA. Por lo tanto, la acreditación no se expedirá a favor de la empresa comercializadora.

No obstante, esto no es óbice para que Alliance Vending y GEDEMASA tengan creados unos vínculos comerciales, de tal forma que es la primera la que surte de café proveniente del comercio justo a la segunda, siendo quien participa en la licitación ofreciendo solamente los cafés que provienen de este tipo de comercio y que en consecuencia se encuentran convenientemente certificados.

Esta relación comercial también se encuentra documentada en la oferta presentada a la licitación.

No quiere dejar pasar por alto el adjudicatario la afirmación que hace Selecta sobre la existencia o inexistencia tanto del certificado FLO ID 6046 a favor de Alliance Vending, como de la relación comercial que existe entre ambas empresas. Dicha información se encuentra fácilmente en internet, habiendo desviado la recurrente a unos enlaces en los que no se encuentra las alianzas comerciales entre las empresas y en las que figura como distribuidora de café de comercio justo la recurrente como la adjudicataria.

Asimismo, GEDEMASA advierte que es de sobra conocida la alianza comercial con Alliance Vending, de forma tal que en sus máquinas expendedoras figura el nombre de esta última mercantil.

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal considera, al igual que el órgano de contratación que los pliegos de condiciones requieren que todo el café expedido por las máquinas de venta provenga de comercio justo. Para asegurar dicha

procedencia se exige un certificado Fairtrade sobre el café, no sobre la empresa licitadora, que como en este caso mantiene vínculos comerciales con la empresa que si compra y distribuye dicho café y sobre la cual se extienden los certificados mencionados, por lo que el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones se verifica en la oferta de la adjudicataria.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado.

Sexto. - El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando como temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o

cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”*.

Este Tribunal considera que la motivación del recurso presentado por Selecta, carece de fundamento, incluye falsedades como los enlaces a páginas web que no reflejan la realidad de la controversia e incluso una presunta acusación de falsedad documental.

A la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de tres mil euros puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

Esta multa no tiene carácter sancionador, no siendo necesaria la tramitación de un expediente contradictorio, tal y como informa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 11/22 de 22 de enero, recurso 290/2020, contra Resolución de este Tribunal Administrativo, en:

“Por último alega la actora la improcedencia de la sanción impuesta. Se nos dice que el TACPCM le impone una multa de 3.000 euros en virtud del art. 58.2 LCSP porque aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

La actora no admite ni temeridad ni mala fe en la interposición de recurso, y asimismo apunta a que el TCAP no ha respetado los principios básicos del procedimiento sancionador puesto que no ha incoado procedimiento sancionador alguno, no ha concedido trámite de audiencia a la imputada, imponiéndose directamente la sanción a mi representada sin que esta compañía haya podido defenderse.

Tales alegaciones se descartan, no estamos ante sanción alguna”.

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 AB Servicios Selecta España S.L.U., contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 13 de junio, por la que se adjudica el contrato de concesión de servicios “Servicios de instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios en el HU 12 de octubre” número de expediente 2024-0-13.

Segundo. - Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en la cuantía de 3.000 euros (Tres mil euros).

Tercero. - Dejar sin efecto 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.