

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gestión de Máquinas S.A., contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 5 de abril de 2024, 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 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 de 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).”*

Tercero. - El 26 de abril de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Gestión de Máquinas S.A. 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 10 de mayo 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 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 resto de interesados de este contrato, 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. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 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. - En cuanto al fondo del recurso el recurrente pone de manifiesto el posible incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones por la oferta del adjudicatario.

Concretamente el apartado 3.3 del PPTP establece que todo el café dispensado por las máquinas expendedoras procederá del comercio justo, siendo necesario acreditar este extremo mediante la certificación FAIRTRADE.

El recurrente manifiesta que la oferta propuesta por el adjudicatario, aporta como marca del café a suministrar en todas sus modalidades CONCERTO. Considera que esta marca no está acreditada como de suministro de café proveniente del comercio justo, por lo que directamente está incumpliendo un requisito técnico de mayor importancia para el órgano de contratación.

En consecuencia, la oferta debe ser excluida de la licitación, anulando la adjudicación acordada.

Por su parte el órgano de contratación en un escueto informe al recurso manifiesta que la acreditación FAIRTRADE para la marca de café CONCERTO se encuentra entre la documentación presentada por el adjudicatario, por lo que solicita se desestime el recurso.

Este Tribunal revisa la documentación del expediente aportado, concretamente la pagina 526, siendo imposible su lectura a partir del archivo pdf enviado por el HU 12 de octubre. Este documento, en teoría reproduce el certificado FAIRTRADE.

No obstante, podemos comprobar como la oferta de la adjudicataria incluye dos marcas de café: CONCERTO Y BUONO, estableciendo de antemano que la marca BUONO en todas sus presentaciones se encuentra certificada como comercio justo, omitiendo este dato en cuanto a la marca CONCERTO.

Este Tribunal ha realizado una búsqueda de los cafés en grano certificados por FAIRTRADE, no encontrando la marca CONCERTO entre ellos.

Asimismo, en el Anexo I.1 bis. (página 560) se recoge la oferta económica presentada por Selecta donde destaca además del canon ofertado la relación de precios de los preparados que se expenderán en las máquinas y que referidos siempre al café Concerto propone:

Para el

personal:

- o Café sólo 12.5 cl 0,35.-€
- o Café Cortado 12,5 cl 0,45.-€
- o Café con leche 12,5 cl 0,45.-€
- o Café Descafeinado con leche 12,5 cl 0,40.-€

Para el público:

- o Café sólo 12.5 cl 0,45.-€
- o Café Cortado 12,5 cl 0,55.-€
- o Café con leche 12,5 cl 0,55.-€
- o Café Descafeinado con leche 12,5 cl 0,50.-€

Podemos comprobar como la oferta de cafés no provenientes del comercio justo, es la única que se recoge en la oferta del hasta ahora adjudicatario.

Selecta en su escrito de alegaciones centra y aborda las dudas que tanto el recurso como el informe del H.U. 12 de octubre no acaban de resolver.

Manifiesta Selecta varios hechos de importancia:

- 1.- Efectivamente el café CONCERTO no pertenece al comercio justo.

2.- La oferta es errónea en cuanto ha incluido una marca de café que no se va a utilizar por no ser proveniente de comercio justo.

3.- La utilización de café con certificado FAIRTRADE será un requisito de ejecución del contrato.

4.- Nos encontramos ante una concesión de servicio, por lo que la puntuación más importante es el canon a ofertar al Hospital.

Seguidamente da cuenta de qué si bien su oferta por error incluyo el café CONCERTO, en ejecución del servicio no se utilizará más cafés que aquellos que no sean las certificaciones acreditativas de pertenecer al comercio justo.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Este principio se ha quebrado a la hora de admitir una oferta que no responde a las exigencias del PCAP, es decir admitiendo una oferta que incluye el precio de cafés no provenientes de comercio justo y en consecuencia más económicos para el contratista que así incrementará su beneficio.

Las ofertas presentadas en la participación de un procedimiento contractual y más con las características de este y su elevado valor estimado, deben ser rigurosas, certeras y claras. La subsanación de documentos propios de los expedientes de contratación se trata de una actuación admitida en la normativa que ha sido interpretada tanto por los Tribunales de Contratación como por diversos Juzgados y Tribunales como admisible, con un solo límite la modificación de la oferta, que es justo el hecho que aquí se demanda, considerar como no incluido el café de marca CONCERTO.

Según manifiesta el adjudicatario, el hecho de que figure dicha marca no significa que vaya a ser utilizada, pues por ello se presupuestan otras marcas que si pertenecen al comercio justo e incluso algunas más de las que es proveedor. Añadiendo que el PCAP lo que indica es que se usará, es decir en ejecución del contrato, cafés provenientes de comercio justo.

Dejar para posterior comprobación que se está utilizando el café BUONO en lugar del café CONCERTO y en su caso la imposición de penalidades, es desvirtuar la naturaleza, esencia y objetivos del recurso especial en materia de contratación.

Argumento al que hay que añadir que, en la proposición económica presentada, solo se aportan los precios de los preparados con café Concerto y no los preparados con cafés Buono o Pelica Rouge en el caso de descafeinados.

Considerando que el apartado 3.3 del PPTP exige que el 100 por 100 del café expedido sea proveniente de comercio justo, la inclusión de una marca no certificada en este extremo conlleva la consideración de que la oferta no cumple en su integridad los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones por lo que debe ser excluida, anulando previamente la adjudicación efectuada.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gestión de Máquinas S.A., contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 5 de abril de 2024, por la que se adjudica el contrato de “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, anulando la adjudicación acordada y excluyendo la oferta de la hasta ahora adjudicataria por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos.

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.- 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.