

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

En Madrid, a 26 de junio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.U.G., en nombre y representación de DOCOUT OUTSOURCING DOCUMENTAL, S.L., contra la Orden del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de fecha 30 de abril de 2013, por la que se adjudica el contrato y se notifica la exclusión de la licitación de la recurrente, respecto al expediente de contratación "Servicio de custodia, archivo y gestión de la documentación de los órganos y dependencias judiciales en el ámbito de la Comunidad de Madrid", expte. 03-AT-00011.7/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de julio de 2012, se publicó en el BOCM, el anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado " Servicio de custodia, archivo y gestión de la documentación de los órganos y dependencias judiciales en el ámbito de la Comunidad de Madrid", con un valor estimado de 2.668.943,38 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de veinticuatro meses con posibilidad de

prórrogas.

A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, entre ellas la recurrente.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) establece en su apartado 4 los requisitos exigibles al archivo de custodia externa, de los que procede destacar a efectos del presente recurso los siguientes:

“4.1. En relación con el edificio: Las instalaciones (...) Contarán con un espacio planificado para ampliaciones y un espacio disponible vacío en el momento de adjudicación del concurso de al menos 100.000 metros lineales.

Cumplirán la normativa vigente contenida en el Real Decreto 2267/ 2004 por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad contra incendios en establecimientos industriales.

Contarán con Certificado expedido por el órgano competente de la Comunidad de Madrid acreditativo del cumplimiento de dicho reglamento para instalaciones de riesgo intrínseco alto.

Contarán con un plan global de protección contra incendios, preferentemente integrado por un sistema automático mediante rociadores de agua sprinklers (Reglamento de prevención de incendios de la Comunidad de Madrid y Ordenanza de Prevención de incendios del Ayuntamiento de Madrid).

Contarán con un sistema de extinción automática de incendios por planta de edificio, certificado por instalador autorizado. Contarán con una zona de almacenamiento definida y controlada al objeto de minimizar el riesgo de incendios e inundaciones.

A efectos de acreditar el cumplimiento de estos requisitos, la licitadora presentará declaración responsable que incluya documentación gráfica y planos del edificio que especifiquen las zonas destinadas a archivo y las medidas e instalaciones de protección contra incendios. (...)

4.2. En relación con el servicio: “La adjudicataria contará con un sistema de trazabilidad de la gestión de documentos en el Archivo Externo de custodia que comprenderá la fecha de entrada del documento en sus instalaciones, quién es el propietario del documento, cuándo se consulta, quién lo consulta, en qué momento está siendo transportado, dónde y cuándo se entrega, cuándo retorna a las instalaciones de la adjudicataria. Dicha trazabilidad será gestionada mediante etiquetas identificativas de RFID. (...). Se garantizará la posibilidad de realizar entregas de documentos digitalizados por correo electrónico y por fax.

La adjudicataria contará con un acceso web para toda la gestión relacionada con el Archivo Externo, sin límite de usuarios, completamente gratuitas. (...)

4.4. Se acreditará la inscripción de los ficheros del licitador en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos.

A estos efectos la licitadora aportará acreditación de que sus ficheros están debidamente inscritos en el Registro general de protección de datos de la Agencia Española de Protección de Datos”.

Por su parte el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su Anexo I, punto 5.3 señala que como otras condiciones especiales de solvencia de las contempladas en el artículo 64.2 del TRLCSP, deberán adjuntarse en el sobre de

documentación administrativa los certificados y declaraciones responsables que se mencionan en el apartado 4.1 del PPT en relación con las características exigidas al edificio, y las instalaciones en que se ubiquen los archivos, indicándose asimismo que tales características tendrán la naturaleza de obligaciones esenciales, siendo su incumplimiento causa de resolución del contrato.

Segundo.- Una vez abierta la documentación administrativa, con fecha 7 de agosto de 2012, la Mesa de contratación concede a la recurrente, plazo para subsanar las deficiencias observadas. Junto con el requerimiento se acompaña certificado expedido por el Secretario de la Mesa de contratación en el que constan los defectos observados, en concreto:

“- No aporta bastanteario de los poderes del representante de la empresa por un letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

-No aportan las declaraciones del Impuesto de Sociedades correspondiente a los tres ejercicios inmediatamente anteriores.

-No aportan declaración responsable de que la empresa dispone de al menos 100.000 metros lineales de archivo, de acuerdo al apartado 4.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

-No aportan certificado expedido por empresas inscritas en el órgano competente de la comunidad de Madrid, relativos al cumplimiento del Reglamento de seguridad contra incendios en establecimientos industriales, para instalaciones de riesgo intrínseco de incendios alto.

-No aportan declaración responsable sobre si disponen de sistemas de extinción automática de incendios en cada planta de las naves de archivo.

-No aportan declaración responsable sobre si disponen de sistema de trazabilidad de documentación de archivo externo mediante etiquetas identificativas de radiofrecuencia (RFID), según apartado 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

-No aportan declaración responsable sobre si disponen de sistemas de envíos de documentos digitalizados por correo electrónico o fax.

-No aportan declaración responsable sobre si disponen de un acceso web, sin límite

de usuarios para la gestión del archivo externo y gratuito.

-No aportan acreditación de la inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos.”

La empresa recurrente presenta en este trámite de subsanación hasta un total de 15 documentos. Una vez atendido el requerimiento de subsanación la Mesa de contratación se reúne de nuevo el día 14 de agosto de 2012 para proceder a la lectura de las ofertas económicas, dando cuenta en dicho acto, según consta en el acta correspondiente, de la exclusión de la recurrente *“al no subsanar parte de la documentación administrativa requerida referida a los criterios de solvencia técnica”*. En dicho acto, tras la apertura de la oferta económica, se propone la adjudicación del contrato a la otra licitadora.

Con fecha 3 de septiembre de 2012 se dicta Orden de la Consejera de Presidencia y Justicia por la que se adjudica el contrato y se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación, sin que conste haberse notificado dicha Orden.

Como consecuencia de la necesidad de tramitar la adecuación de las anualidades del contrato y ante el tiempo transcurrido, por la necesidad de tramitar un expediente de gasto plurianual derivado del incremento del IVA aplicable, y aprobar nuevamente el gasto, y una vez obtenida la conformidad al reajuste de anualidades por el adjudicatario propuesto, se revocó la Orden de adjudicación del día 3 de septiembre de 2012, dictándose una nueva Orden de adjudicación el 30 de abril de 2013, que fue notificada a la recurrente el 28 de mayo de 2013.

En dicha Orden consta que se dispone excluir a la empresa recurrente *“al no subsanar parte de la documentación administrativa, referida a los criterios de solvencia técnica”*.

Tercero.- Contra dicha Orden la recurrente interpone, previo el anuncio a que se

refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCS), recurso especial en materia de contratación, ante el órgano de contratación el día 11 de junio de 2013. Dicho recurso se basa únicamente en la falta de motivación del acto recurrido generadora de indefensión para la recurrente.

El órgano de contratación remitió el recurso junto con el expediente administrativo y el informe preceptivo contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP, a este Tribunal donde tuvo entrada el día 18 de junio. En dicho informe considera que la Orden está motivada al estar perfectamente clara la razón de la exclusión de la empresa, a lo que debe sumarse que la recurrente tuvo acceso al expediente de contratación como demuestra la comparecencia firmada por un representante de la misma el día 5 de junio de 2013.

Asimismo se explica en este informe la razón de la exclusión de la oferta a la vista de la documentación aportada, en concreto se indica que las declaraciones responsables aportadas para acreditar los requisitos técnicos establecidos en el PPT, no acreditan que la empresa cumpla las condiciones de solvencia requeridas puesto que en dichos documentos la representante de la empresa se compromete solo a cumplirlas en el caso de resultar adjudicataria, afirmando que esta circunstancia le quedó perfectamente clara al representante de la empresa puesto que en el expediente constan las indicadas declaraciones.

Cuarto.- Con fecha 19 de junio de 2013, se concedió a la empresa adjudicataria única interesada en el procedimiento, trámite de audiencia, habiéndose presentado escrito de alegaciones el día 21 de mayo de 2003, en las que en síntesis la alegante considera que la adjudicación está suficientemente motivada, dado que conocida la documentación reclamada en subsanación y la que fue remitida, que según aducen no bastaba de forma palmaria para acreditar la solvencia prevista, es claro que la recurrente debía conocer qué defectos tenía la documentación que presenta y por

tanto los motivos de su exclusión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Respecto de la representación del firmante del recurso, con fecha 19 de junio este Tribunal requirió a la recurrente para que aportara documento auténtico que acredite la representación del compareciente para la interposición del recurso, puesto que de conformidad con la escritura de apoderamiento aportada el firmante del recurso podía ejercitar determinadas facultades incluida la de interposición de recursos y ejercicio de acciones en general hasta un importe de 1.000.000 euros, por operación, siendo superior el valor estimado del contrato objeto del presente recurso. Atendiendo a dicho requerimiento se aporta escrito firmado por Don J.U.G., ratificando el recurso interpuesto y aportando escritura acreditativa del poder que ostenta al respecto, por lo tanto se considera que el firmante del escrito ratificando todo lo anteriormente actuado, ostenta la representación de la recurrente debidamente acreditada.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose producido la notificación de la adjudicación el día 28 de mayo de 2013, el recurso interpuesto el día 11 de junio, se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato en la que se dispone la exclusión de la recurrente de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 “otros servicios”, con un valor estimado de 2.668.943,38 euros, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso tiene un único fundamento, cual es el de la falta de motivación generadora de indefensión, tanto de la propuesta de la Mesa de contratación, como de la Orden recurrida y su notificación.

Antes que nada debe destacarse que la recurrente aduce que se le ha producido indefensión ante el desconocimiento de las razones concretas que han llevado a excluir su oferta de la licitación, no solo en la notificación del acto, sino en el acto mismo y a lo largo del expediente administrativo, por lo tanto cabe analizar si falta la motivación necesaria no solo en la notificación, sino en la propia toma de decisión recogida en el expediente administrativo.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el licitador pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

En concreto respecto del contenido de las notificaciones de adjudicación 151.4 del TRLCSP “La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o *licitadores* y, *simultáneamente*, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos: (...)

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.”.

A la vista de la notificación efectuada resulta claro que la misma, si bien declara excluida la recurrente indicando de forma sucinta que tal exclusión se produce al no haber subsanado los requisitos de solvencia, no reúne los requisitos exigibles a la motivación de las notificaciones, pero es que además tampoco la propia Orden de adjudicación o cualquier documento interno del expediente administrativo, concreta los motivos de la exclusión de la recurrente, por lo que el acceso al mismo tampoco enerva la indefensión padecida por aquella en orden a la interposición de recurso.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto, máxime en casos como el presente en el que dada la cantidad de documentación solicitada (hasta nueve documentos acreditativos de otros tantos requisitos) no es posible, no constando de modo expreso, determinar cuál de todas las exigencias es incumplida. Una adecuada motivación requeriría en este caso la exposición de la concreta causa que lleva a la exclusión, que según comprueba este Tribunal no se refleja en ningún momento en el expediente administrativo, no siendo hasta el informe remitido junto con el recurso especial, que se explica que las declaraciones responsables presentadas no acreditan el cumplimiento actual de los requisitos de solvencia, sino que solo contienen un compromiso para el caso de que la licitadora sea adjudicataria.

Por tanto, el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, prueba de ello es que no realiza alegación alguna de fondo sobre la acreditación de la solvencia exigida.

Lo expuesto es contrario a los principios generales de la contratación como son la publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la anulabilidad de la notificación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y el artículo 3 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 formulado por Don J.U.G., en nombre y representación de DOCOUT OUTSOURCING DOCUMENTAL, S.L., contra la Orden del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de fecha 30 de abril de 2013, por la que se adjudica el contrato y se notifica la exclusión de la licitación de la recurrente, del expediente de contratación "Servicio de custodia, archivo y gestión de la documentación de los órganos y dependencias judiciales en el ámbito de la Comunidad de Madrid", expte. 03-AT-00011.7/2012, declarando la nulidad de la Orden recurrida y de su notificación por falta de motivación generadora de indefensión.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en sesión de 19 de junio de 2013.

Tercero.- 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 TRLCSP.