

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

En Madrid, a 1 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don C.L.V., en nombre y representación de Servicios Sociales de Telecomunicaciones, S.L. (Servitelco), contra la Orden 669/2016, de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, de 4 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Servicio de cita previa para solicitantes del sistema de atención a la dependencia de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: 026/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de Consejería de Políticas Sociales y Familia, de 17 de diciembre de 2015, se dispuso la publicación de la convocatoria del contrato de servicios mencionado. En fecha 30 de diciembre de 2015 fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el anuncio por el que se convoca la licitación, mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y criterio único el precio. El valor estimado asciende a 387.545,88 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron seis empresas entre ellas, la recurrente.

El 25 de enero de 2016, la Mesa de contratación acordó la exclusión de la empresa Factudata XXI, S.L., *“al no acreditar el cumplimiento del criterio de selección de la solvencia técnica que figura en el apartado 5 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, ya que los trabajos que figuran en los certificados aportados de fechas 10 y 20 de enero de 2016 corresponden a un servicio de facturación que no se encuentra comprendido en el subgrupo U-8 del Real Decreto 773/2015 de 28 de agosto, conforme a lo previsto en mencionado apartado 5 de la Cláusula 1, asimismo, el citado licitador no ha aportado bastanteo de poderes, por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, del representante de la sociedad, incumpliendo lo previsto en la Cláusula 11.A.2 del citado Pliego, ya que el certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público aportado no exime a los licitadores de contratos públicos de la Comunidad de Madrid de la presentación de la documentación exigida por la normativa autonómica (Informe 1/2013, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, consideración 4, último párrafo)”*.

Contra dicha exclusión la representación de Factudata XXI, S.L., formuló recurso especial en materia de contratación que fue estimado mediante Resolución 38/2016 de 2 de marzo, en la que se acuerda retrotraer las actuaciones al momento del efectuar el requerimiento de subsanación de la justificación de la solvencia técnica exigida, en el que deberá constar la documentación complementaria que la Mesa considere necesaria para poder comprobar el cumplimiento del requisito

Tercero.- En ejecución de la mencionada Resolución, la Mesa en su reunión de 8 de marzo, acordó requerir a Factudata XXI, S.L., en relación con el servicio de facturación prestado al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Córdoba, el contrato suscrito con dicho Colegio y las facturas de 2012, correspondientes a ese contrato, que acrediten que el importe correspondiente a la atención telefónica, para el año 2012 fue de 109.577,40 euros, lo que la empresa verificó con fecha 11 de marzo de 2016.

La Mesa tras comprobar la documentación presentada, acordó admitir a la empresa por considerar acreditada la solvencia requerida.

Finalmente con fecha 4 de mayo de 2016, se dicta la Orden 669/2016 de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, por la que se adjudica el contrato a Factudata XXI, S.L.

La Orden fue notificada a los interesados el día 5 de mayo de 2016.

Cuarto.- El 24 de mayo de 2016, previo anuncio realizado el día 11 de mayo, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Servitelco en el que solicita se dicte Resolución anulando la adjudicación recaída por no haber cumplido el adjudicatario los requisitos de solvencia técnica y profesional exigidos en el PCAP.

Alega que el contrato presentado no acredita que la empresa haya facturado la cantidad de 96.886,47 euros exigida en el Pliego, por las razones que expone y que serán analizada posteriormente.

El 26 de mayo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Factudata XXI, S.L., en el que manifiesta que para este servicio no es precisa clasificación y considera que la recurrente ha manipulado las cifras facturadas para obtener una cifra acorde con sus intereses. Finalmente señala que Servitelco es la actual adjudicataria del servicio por lo que está interesada en dilatar la adjudicación y solicita la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP al apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, ya que se trata de una persona jurídica clasificada en segunda posición y la estimación del recurso puede colocarla en posición de obtener la condición de adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada fue dictada el 4 de mayo de 2016, fue notificada a la empresa el día 5 de mayo, por lo tanto, interpuesto el recurso el 24 de mayo, está dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27, de cuantía superior a 209.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, debe indicarse que se solicita la anulación de la adjudicación puesto que, a juicio del recurrente, no se ha acreditado por la adjudicataria, la solvencia técnica exigida en los pliegos, mediante la aportación del contrato firmado con el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba y las cantidades derivadas del mismo.

Manifiesta la recurrente que el contrato aportado incluye varias prestaciones y *“dando por supuesto que el contrato de 2012 había incluido tanto servicios de facturación (lo principal) como de atención telefónica (lo accesorio), lo que se pedía*

era un desglose a efectos de facturación, de suerte que sólo se incluyera esto último. No se olvide que ahora estamos ante un servicio de cita previa (sin facturación) que, además, ha de prestarse a personas que, por definición, no van a estar muy duchas en el manejo de la informática”.

Añade además que “se trataba, por tanto, de acreditar por dicha empresa que se había llegado (en concepto de llamadas telefónicas) al umbral crítico de 96.886,47 euros, exigido en este concurso”.

La recurrente hace su propios cálculos, basándose en las facturas que constan en el expediente y llega a la conclusión siguiente: “Con IVA (18 por ciento en una parte del año y 21 en la otra) era un total de 109.541,27 euros. Pero sin IVA todo se quedaba en 92.503,62 euros. Y es lo que vale. Y eso, se insiste, en la hipótesis (cuya verosimilitud juzgará cada uno a la luz de las circunstancias) de que el contrato, y las correspondientes facturas por ventura respondieran a la verdad. Por un instante imaginemos que no fuera imposible”.

El órgano de contratación en su informe expone claramente el contenido del contrato aportado y las cantidades que han sido objeto de facturación en ejecución del mismo.

En primer lugar afirma que “FACTUDATA XXI aporta un contrato con el ICOF Córdoba, estableciéndose en la cláusula primera del mismo, entre las actividades a desarrollar, la atención telefónica a usuarios (oficina de farmacia) para el asesoramiento y resolución de incidencias. Además en la cláusula quinta relativa a la retribución por la prestación de servicios se establece un canon fijo y uno por llamada en relación con este servicio de atención telefónica. Por tanto, se considera que queda acreditada que este trabajo es de igual o similar naturaleza al del objeto del contrato, acudiendo para ellos al criterio de analogía establecido en el pliego”.

Respecto de las cantidades, el informe expone que “en contra de lo alegado por la recurrente, del análisis de la facturas presentadas, se puede concluir que el

importe facturado por los servicios de atención telefónica asciende a la cantidad de 109.577,30 euros (IVA EXCLUIDO) de acuerdo con el siguiente desglose (incluye un desglose pormenorizado de los conceptos y el importe). Por lo tanto en opinión de este órgano de contratación FACTUDATA XXI acreditó adecuadamente el cumplimiento de la solvencia técnica o profesional establecida en los Pliegos”.

Comprueba el Tribunal que el objeto del contrato suscrito incluye la atención telefónica a usuarios (oficinas de farmacia) para el asesoramiento y resolución de incidencias y que la retribución de esta prestación está compuesta de un canon fijo y un canon por llamada, tal un como se recoge en la cláusula quinta del mismo.

Por lo tanto, debemos coincidir con el órgano de contratación en que, considerando los dos primeros dígitos de los códigos CPV, 79, el servicio de atención telefónica contratado se corresponden con el del objeto del contrato.

No cabe hacer mención a las afirmaciones de la recurrente sobre la veracidad del contrato y de sus términos, puesto que debemos interpretar que se trata de alegaciones vertidas dentro del ejercicio del derecho de defensa y que no tienen la más mínima fuerza probatoria dentro del procedimiento.

En cuanto al cálculo de las cantidades, la recurrente lo realiza de forma errónea. Las cantidades facturadas mes a mes, aparecen claramente desglosadas en las distintas facturas, en cuanto a la base imponible de las distintas prestaciones, el IVA y el total.

Así mientras que la factura de enero indica 1.958,25 euros por el canon fijo y 10.997,25 euros por llamadas, importe bruto, al que posteriormente se le aplica el porcentaje de IVA, la recurrente indica en el recurso 1.659,53 euros y 9.319,71 euros, interpretando, al parecer, que las cantidades señaladas en primer lugar tenían incluido el IVA, que debía detrarse para hacer el cálculo.

De la lectura de las facturas aportadas se desprende que no es así, ya que

consta claramente el bruto, el porcentaje de IVA y el total, coincidiendo con las cantidades consideradas por el órgano de contratación, que resultan correctas. De manera que el total facturado asciende a 109.577,30 euros, cantidad superior a la exigida en el PCAP para acreditar la solvencia.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

Sexto.- Solo resta referirse a la imposición de la sanción, solicitada por la adjudicataria en el trámite de alegaciones, por entender que existe mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

El artículo 47.5 del TRLCSP 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. En el mismo sentido el artículo 31.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, 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, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 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”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

Considera el Tribunal que en este caso, la conducta procesal de la recurrente no incurre en evidente temeridad pues aún cuando sus alegaciones carecen de fuerza probatoria, no se desprende que se haya producido abuso de derecho o un interés dilatorio, motivador de la sanción. Tampoco el órgano de contratación ha solicitado la imposición de la misma.

En consecuencia no procede la imposición de multa por temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don C.L.V., en nombre y representación de Servicios Sociales de Telecomunicaciones S.L. (Servitelco), contra la Orden 669/2016 de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, de 4 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Servicio de cita previa para

solicitantes del sistema de atención a la dependencia de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: 026/2016.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática del expediente, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 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 del TRLCSP.