

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

En Madrid, a 20 de septiembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don L.C.S., en nombre y representación de la mercantil ARJE FORMACIÓN S.L., contra el Acuerdo del Consejo Rector del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de 27 de julio de 2012, de adjudicación del Contrato nº 2012/PA/000031, “Servicio de impartición de Talleres y Cursos y Dinamización de los Centros de Mayores”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Consejo Rector del Patronato Municipal de Cultura, en sesión extraordinaria celebrada el 25 de mayo de 2012, en relación con el expediente de contratación número 2012/PAI000031 acordó aprobar los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), así como el expediente de contratación, del servicio de impartición de talleres y cursos y dinamización de los centros de mayores, Expte. 20121PAI000031, cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 2.122.495 euros y su duración es de un año

prorrogable por otro. La adjudicación se realizará mediante procedimiento abierto y criterio único, el precio.

Segundo.- Habiéndose anunciado la licitación en el Boletín Oficial del Estado de junio de 2012, transcurrido el plazo otorgado de presentación de proposiciones, concurrieron tres licitadores.

La Mesa de Contratación en acto público celebrado el día 27 de junio de 2012, procedió a la apertura de los sobres nº 2 "proposición económica". Se constató que las ofertas presentadas por las empresas G.E. ESCUELAS URBANAS, S.L. Y ARJE FORMACIÓN, S.L. podían ser consideradas anormales o desproporcionadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En consecuencia se procedió a la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 152.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, TRLCSP), con audiencia a las empresas incursas en tal supuesto, así como informe técnico de la Directora Técnica del Patronato Municipal de Cultura, en el que aceptaba la justificación presentada por ambas empresas y estima que la baja queda justificada.

La Mesa de Contratación, en sesión de 13 de julio de 2012, formuló propuesta de adjudicación del contrato a la mercantil G.E. ESCUELAS URBANAS, S.L., en base al informe técnico emitido en el que se aceptaban las justificaciones de las ofertas presentadas por ambas empresas, por lo que siendo la oferta de G.E. ESCUELAS URBANAS, S. L. la de precio más bajo, propone la adjudicación a su favor.

Tercero.- El acuerdo de adjudicación fue notificado a los licitadores el día 3 de agosto de 2012.

Por la empresa ARJE, S.L. se presentó el día 7 de agosto escrito anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El día 22 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón el recurso especial en materia de contratación que se motiva en que la resolución de adjudicación *“hace referencia, para justificar dicha concesión a la bondad de las condiciones económicas propuestas por la empresa adjudicataria y que juzga como favorables a la Administración, en su comparación con las condiciones económicas presentadas por esta recurrente que, junto con la adjudicataria y otra más fueron las únicas empresas licitadoras”*. Seguidamente recuerda el procedimiento que establece el artículo 152 del TRLCSP para el supuesto de que se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal.

Alega que la recurrente que el 7 de agosto ha solicitado al Patronato Municipal de Cultura de Pozuelo de Alarcón la puesta de manifiesto del expediente para hacer alegaciones sin que a la fecha de presentación del recurso se le haya notificado dicha puesta de manifiesto por lo que no le ha sido posible fundamentar las alegaciones ya que no ha sido posible conocer cuál ha sido la causa que permita la admisión de la oferta más ventajosa económicamente. Solicita que se deje sin efecto la adjudicación del contrato por ser nula al haberse situado a la recurrente en indefensión al habersele impedido efectuar alegaciones y estar la oferta de la empresa adjudicataria en baja temeraria debiéndose adjudicar a la recurrente por haber justificado adecuadamente su baja económica.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe el 24 de agosto de 2012. En el citado informe se propone la desestimación del recurso porque la recurrente no indica los motivos de

impugnación, porque no identifica qué infracción del ordenamiento jurídico ha cometido el acuerdo de adjudicación. Reconoce que el acceso al expediente es un derecho que tiene la empresa recurrente por su condición de interesada en el mismo, por lo que no es necesario la “puesta de manifiesto del expediente” y si bien no se contestó a la petición de ARJE ésta tampoco se ha personado en la dependencias municipales al objeto de tener acceso al expediente pues dispone de ese derecho sin necesidad de que se adopte una resolución reconociéndolo. Considera que la omisión de vista del expediente es una actuación posterior a la adopción del acuerdo de adjudicación, por lo que no puede afectarle.

Asimismo considera que el acuerdo de adjudicación y la tramitación del expediente se ajustan a las disposiciones del TRLCSP. Señala que la interposición del recurso con el único argumento de que no se le ha dejado ver el expediente demuestra la existencia de mala fe por parte de la recurrente y solicita que se imponga la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP y que se levante a la mayor brevedad posible la suspensión del procedimiento a fin de limitar los perjuicios para los ciudadanos por el retraso en el inicio del servicio previsto para el 1 de septiembre.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal da traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se ha presentado el correspondiente escrito por la empresa adjudicataria G.E. Escuelas Urbanas, en el que afirma que la oferta formulada por la recurrente no permite el cumplimiento del Convenio Colectivo marco estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, con grave perjuicio para el derecho de los trabajadores, señalando que mientras la baja de la recurrente se centra principalmente en el personal asignado al contrato, su baja resulta de la reducción del porcentaje de gestión y de beneficio industrial, para a continuación

realizar una detallada explicación de los costes asociados a su oferta que le han permitido proponer la baja ofertada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ARJE FORMACIÓN, S.L., para interponer recurso especial al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. (Artículo 42 del TRLCSP) por ser licitador en el procedimiento de adjudicación.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- El acuerdo de adjudicación fue adoptado en sesión de 27 de julio de 2012 y notificado a los licitadores el día 3 de agosto. La interposición se ha producido, por tanto, dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, el Acuerdo de adjudicación.

Asimismo se anunció previamente al órgano de contratación la interposición del recurso, tal como establece el artículo 44.1 del TRLCSP.

Tercero.- El Patronato Municipal de Cultura es un organismo autónomo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, entidad local de la Comunidad de Madrid.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acto de adjudicación correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, no sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. b) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se dirige contra el acto de adjudicación pero no se indica qué infracción del ordenamiento jurídico se ha cometido. Se limita a señalar que en el escrito de anuncio de interposición del recurso presentado el día 7 de agosto, se solicitaba que se le pusiera de manifiesto el expediente y que como no se le ha notificado el acceso al expediente, no es posible fundamentar las alegaciones.

Como señala el órgano de contratación parece que estamos en una suerte de recurso preventivo o "ad cautelam", es decir, la recurrente no sabe si el acto administrativo se ajusta a Derecho o no, pero, por si acaso, decide anunciar la interposición del recurso para ver si, una vez examinado el expediente, encuentra algún motivo de impugnación.

El recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso precontractual rápido y eficaz que impida la formalización del contrato antes de su resolución expresa. Los plazos de interposición y resolución son breves por lo que la notificación de la adjudicación debe contener la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, en su caso, recurso fundado contra la decisión de adjudicación.

En este sentido, debe advertirse que en la reforma de la LCSP operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha eliminado la posibilidad prevista en el artículo 137

de la LCSP de que los interesados puedan solicitar información de los motivos de rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. Como contrapartida, se regula en el artículo 135.4 el contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá contener, entre otros extremos, «...c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas».

El vigente artículo 151.4 del TRLCSP establece el contenido de la notificación de adjudicación. Así el subapartado c) establece:

“En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinante de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”. Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 133 del TRLCSP.

Es decir, se establece la obligación de remitir a los licitadores la información que se permita determinar si ha existido o no una infracción para, en su caso, interponer el recurso. La forma en que ha de facilitarse la información relacionada en el citado artículo 151.4, en sus apartados a) y c) será “la *exposición resumida*” o “*también en forma resumida*”. Respecto del apartado c) relativo a la proposición del adjudicatario se omite tal calificativo “*resumido*” entendiendo que la información ha de considerarse suficiente cuando contenga las razones determinantes de la decisión sin que sea exigible la incorporación de todos los extremos determinantes de la misma como pudieran ser, en este caso, la justificación de la baja presentada por la adjudicataria y el informe técnico de su viabilidad. La no remisión de la información preceptiva según el citado artículo 151.4 sería susceptible de fundamentar el correspondiente recurso a fin de que la misma sea facilitada.

Consta en el expediente administrativo que la recurrente fue notificada el 3 de agosto y en la notificación remitida se refleja que la oferta de la adjudicataria es la económicamente más ventajosa, que se constató que tanto la oferta de la adjudicataria como la de la recurrente presentan valores que pueden ser considerados anormales o desproporcionadas, que se ha seguido la tramitación prevista para estos supuestos en el artículo 152 del TRLCSP, y que el informe técnico consideró que las ofertas de ambas empresas estaban justificadas, habiéndose formulado propuesta de adjudicación a la económicamente más ventajosa.

Cabe concluir, que la información facilitada se ajusta a lo dispuesto para las notificaciones de la adjudicación en el artículo 151.4. Tampoco se invoca por la recurrente vulneración de dicho precepto, por lo que ha de entenderse que la notificación de la adjudicación fue ajustada a Derecho.

No obstante, por la recurrente se considera necesaria la consulta del expediente a fin de encontrar aquella información que no consta en la notificación y le pudiera servir de base para la argumentación del recurso e invoca el derecho de acceso al expediente a que se refiere el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Debe tenerse en cuenta que según el artículo 54.2 de la LRJ-PAC, *“la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulan sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”*. De manera que si bien la notificación ha de realizarse en la forma establecida en las normas que regulan el procedimiento de licitación la motivación debe aparecer reflejada en la documentación del expediente.

Considera este Tribunal, que si bien el órgano de contratación actuó conforme a Derecho comunicando al recurrente los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y los motivos de la adjudicación realizada a favor del adjudicatario en los términos reguladores de la notificación que establece el artículo 151 del TRLCSP, en aplicación del principio de transparencia de los procedimientos que rige la contratación del sector público (art. 1 del TRLCSP), ello no es incompatible con la obligación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información recogido en el citado artículo 35.a) de la citada Ley 30/1992.

En conclusión, el órgano de contratación, procedió a notificar adecuadamente la adjudicación del contrato, sin que se aprecie vulneración del artículo 151.4 del TRLCSP, sin embargo una actuación diligente, en contestación a la solicitud de puesta de manifiesto del expediente, debió conducir a atender tal petición que le permitiera, en su caso la interposición de un recurso fundado.

Sexto.- No obstante, en relación a la puesta de manifiesto del expediente la recurrente manifiesta dudas sobre la justificación viabilidad de la oferta adjudicataria ya que no ha sido posible conocer la causa que permita la admisión de la oferta más ventajosa económicamente sin que realice alegación concreta al respecto al no haber tenido acceso al expediente. Ello no obstante, a la vista del expediente Administrativo, el Tribunal ha podido examinar la tramitación y contenido del mismo, y sin sustituir las posibles argumentaciones de la recurrente, comprobar su adecuación a Derecho.

Los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurran características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La

apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.*

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

El artículo 152 del TRLCSP exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se de audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta (la valoración) y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificantes. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas.

De acuerdo con el límite fijado en el PCAP y en el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, las ofertas presentadas por la recurrente y la adjudicataria pueden ser consideradas anormales o desproporcionadas. En consecuencia se les comunicó tal circunstancia concediéndoles plazo para que justificaran los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

Ambas presentaron justificación de su oferta. Se analizó la justificación presentada emitiendo un informe técnico motivado que concluye la viabilidad de ambas. La motivación es extensa y suficiente, aunque pudiera discreparse de ella por la recurrente. La Mesa de contratación acepta el informe anterior y propone la adjudicación a la oferta mejor clasificada que es la económicamente más ventajosa.

El artículo 152.3 del TRLCSP establece la necesidad de efectuar trámite de asesoramiento técnico a fin de que el órgano de contratación oído también el licitador pueda tomar una decisión, por lo que resulta imprescindible que el informe de los servicios técnicos sea motivado y se fundamenten todas las razones por las que dichos servicios recomiendan al órgano de contratación la consideración de oferta anormal o desproporcionada y solo de esta forma el órgano de contratación podrá emitir una decisión debidamente fundada y estos requisitos se han cumplido en el procedimiento de adjudicación examinado.

En este momento, habiéndose cumplido los trámites expresados, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento o no, que como ya se ha dicho corresponde al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

El procedimiento no adolece de vicio alguno que pueda afectar a la validez de la decisión adoptada. Las normas para la consideración como anormal o desproporcionada de una oferta figuraban en los pliegos que no fueron impugnados, fueron aplicados con los criterios matemáticos previamente fijados a todos los licitadores, se han solicitado los informes técnicos preceptivos y la resolución que se adopta está motivada y no se observa arbitrariedad. Al tratarse de la oferta más ventajosa económicamente en un procedimiento abierto con un único criterio, el precio corresponde hacer la propuesta de adjudicación a su favor.

Séptimo.- Considera el órgano de contratación que existe mala fe por parte de la recurrente, dado que, *“a pesar de que no tiene motivo jurídico alguno para atacar la adjudicación celebrada (pues si lo tuviera debería haberlo indicado en su recurso y no lo ha hecho) se aprovecha del efecto suspensivo automático de la interposición del recurso especial en materia de contratación para paralizar el procedimiento de adjudicación. El inicio del contrato está previsto para el día 1 de septiembre de 2012, por lo que con la interposición del recurso no se va a poder iniciar el servicio, con el perjuicio para cientos de alumnos de los talleres que ya tienen formalizada su matrícula en los mismos”*. Por tanto, se solicita del Tribunal que se imponga a la recurrente la multa prevista en art. 47.5 del TRLCSP.

La apreciación de la concurrencia de mala fe o temeridad a efectos de la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, es cuestión que viene confiada al prudente arbitrio del Tribunal en función de la resistencia a seguir los ya reiterados pronunciamientos sobre el tema debatido o manifestando una oposición carente de argumentos.

La posición de la recurrente no demuestra sino un interés por la defensa de sus intereses legítimos y la carencia de fundamentación no puede atribuirse sino al desconocimiento de aspectos del expediente que a pesar de haber sido notificada con el contenido exigido por la Ley, en su caso, le permitieran alegar en su favor sin que dicha actuación merezca la calificación de temeridad procesal, por lo que no ha

lugar a la imposición de las referida sanción.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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 L.C.S., en nombre y representación de la mercantil ARJE FORMACIÓN S.L., contra el Acuerdo del Consejo Rector del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de 27 de julio de 2012, de adjudicación del Contrato nº 2012/PA/000031, “Servicio de impartición de Talleres y Cursos y Dinamización de los Centros de Mayores”.

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 prevista 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.