

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

En Madrid, a 5 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.R., en nombre y representación de SINERGIAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.A. (en adelante Sinergias) contra la Resolución de la Directora Gerente de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de fecha 6 de marzo de 2017, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de Vigilancia y Seguridad en diversas dependencias de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor y en los Centros de Ejecución de Medidas Judiciales”, número de expediente: A/SER-006675/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Los días 28 y 30 de diciembre de 2016, se publicó respectivamente en el BOE y en el BOCM, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 4.265.085,89 euros. El anuncio había sido enviado el 15 de diciembre al DOUE para su publicación.

Segundo.- El PCAP en su cláusula 1.8 respecto de los criterios de adjudicación establece:

“1º Oferta económica (Criterio evaluable automáticamente por aplicación de fórmulas), hasta un máximo de 50 puntos, con arreglo a lo siguiente:

- Se asignarán 0 puntos a la oferta que se ajuste al presupuesto de licitación.*
- Se asignarán 50 puntos a la oferta más baja.*
- Al resto de las ofertas presentadas se les asignará la puntuación proporcional que corresponda, siempre que no se consideren ofertas anormalmente bajas de conformidad con lo establecido en la legislación vigente. En este sentido, la fórmula aplicable será la siguiente:*

Puntuación = Porcentaje de baja con respecto al precio de licitación del contrato x total de puntos asignados a este criterio / Porcentaje de baja de la oferta más baja presentada.

El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas (base imponible) se apreciará de acuerdo con 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 relación con el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Para el cálculo del carácter anormal o desproporcionado de las ofertas se aplicará la reducción de un tercio (1/3) a los porcentajes establecidos en el apartado 5 del mencionado artículo 85 del RGLCAP. Esta excepcionalidad contemplada en la legislación aplicable se justifica en el hecho de que la parte más relevante del presente contrato son gastos en materia de personal, cuyo importe representa la mayor proporción dentro del presupuesto total del contrato”.

En la cláusula 12, relativa a la forma y contenido de las proposiciones se establece que las proposiciones y la documentación que las acompaña constarán de tres sobres, sobre nº 1 documentación administrativa, sobre nº 2 documentación técnica y sobre nº 3 proposición económica y añade el PCAP:

“Cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: (2-A y 2-B). En el sobre 2-A se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, indicados en el apartado 8 de la cláusula 1. En el sobre 2-B se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas”.

Tercero.- A la licitación concurren 3 empresas, entre ellas la recurrente. Una de las licitadoras, Marsegur Seguridad Privada, S.A., resultó excluida al no alcanzar el mínimo de 25 puntos exigido para pasar a la segunda fase del procedimiento.

Cuarto.- Finalizada la oportuna tramitación y a propuesta de la Mesa de contratación, la Directora Gerente de la Agencia dictó Resolución de fecha 6 de marzo de 2017, por la que se adjudica el contrato a la empresa Sasegur, S.L. y se acuerda excluir a Sinergias al haber introducido documentación susceptible de evaluación automática en el sobre correspondiente a la documentación técnica que está sometida a juicio de valor. La Resolución le fue notificada ese mismo día.

Quinto.- Con fecha 20 de marzo de 2017, tuvo entrada en el órgano de contratación el escrito de la representación de Sinergias de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del referido contrato y contra su exclusión.

En el recurso alega que la oferta que ha resultado adjudicataria debió de ser excluida porque en modo alguno se muestra suficiente para atender el compromiso de pago al personal asumido en su proposición. Igualmente solicita sea admitida su oferta pues si bien reconoce la confusión producida al introducir la documentación de evaluación automática en el sobre 2A, considera que esa circunstancia carece de trascendencia, puesto que eran sobres que debían ser abiertos en el mismo acto.

En consecuencia solicita: *“se revoque el decreto impugnado excluyendo la oferta de la mercantil SASEGUR, S.L. y restituyendo el expediente al órgano de contratación a fin de que anule igualmente la exclusión de la mercantil Sinergias de Vigilancia y Seguridad S.L., adoptando consecuentemente los acuerdos que en derecho procedan”.*

El órgano de contratación en su informe manifiesta que la Mesa de contratación ha actuado correctamente ya que la oferta de la adjudicataria no puede ser considerada desproporcionada o anormal, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8.1 de la cláusula 1 del PCAP que rige el contrato, y respecto a la exclusión de la recurrente señala que ha quedado acreditado el intercambio de documentación entre los sobres, que en ningún caso podían ser abiertos en el mismo acto, puesto que se refieren a criterios valorables de forma diferente y de hecho la apertura del sobre 2B se hizo en otra fecha, 9 de febrero de 2017. Por lo que el recurso debe desestimarse.

Además solicita *“proceder a la imposición de una penalidad económica a la recurrente en concepto de temeridad y mala fe”* que a su juicio se materializa en dos cuestiones:

“Demorar la interposición del recurso hasta prácticamente el último día disponible.

La voluntad de forzar al órgano de contratación para conseguir la prórroga del contrato vigente a partir de 31 de marzo de 2017. De hecho, se han solicitado expresamente por parte de la recurrente a varios vigilantes los cuadrantes de servicios para los meses de abril y mayo, viniendo a dar por hecha esa alternativa”.

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

Ha presentado alegaciones Sasegur, S.L., en las que afirma que no existe error alguno en la redacción de su oferta, *“puesto que el cálculo que se ha realizado como se ha indicado ha sido estudiado minuciosamente y este estudio ha sido aprobado por la dirección de nuestra empresa, no se basa en un mero estudio económico por parte de una empresa que no dispone de experiencia en la prestación de servicios de vigilancia aplicando el convenio estatal de empresas de seguridad”*. Adjunta al escrito de alegaciones el estudio de costes realizado para la confección de la oferta económica presentada. Igualmente alega que *“la Administración, a nuestro modo de ver, ha podido comprobar que el precio ofertado es adecuado puesto que nuestra oferta resulta prácticamente el límite de precio de licitación y por su parte, dicha Administración, habrá realizado un estudio previo para obtener y justificar un precio de licitación, así como aportar un criterio social dentro de la pluralidad de criterios, sería difícil entender que se otorgaran 20 puntos a un criterio que no se puede cumplir, hecho que la mercantil recurrente no ha impugnado”*. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en 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 recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de Sinergias al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), porque de prosperar el recurso y ser admitida la recurrente o bien excluida la adjudicataria, podría ser adjudicataria o en su caso se declarararía desierto el procedimiento y posibilitaría su participación en una licitación futura ya que dado el objeto del contrato es muy probable o casi cierto que se vuelva a licitar.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que se ha interpuesto contra la adjudicación y su exclusión, de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 6 de marzo de 2017, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 27 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al primer motivo del recurso planteado, la recurrente alega que el importe por el que se adjudica el contrato se muestra insuficiente para garantizar el pago al personal de acuerdo con las tablas salariales del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad privada y con un resumen de costes que expone sucintamente en un cuadro explicativo.

El órgano de contratación informa que la estimación de los costes económicos que refleja la recurrente en su recurso obedece a cálculos realizados sobre parámetros subjetivos, no especificándose si incluyen o no la imputación del Impuesto sobre el Valor Añadido, además repercute conceptos como reconocimientos médicos o uniformidad que se configuraron en su momento dentro del apartado “gastos generales”, para la determinación del presupuesto de licitación. *“A su vez, tampoco queda acreditado si realmente la oferta económica de Sasegur, S.L. es deficitaria y, en cualquier caso, resulta cuanto menos llamativo calificar a dicha oferta económica como “ambigua”, ya que prácticamente la misma coincidió con la Base Imponible del presupuesto de licitación (1.853.840,72 euros frente a 1.854.385,17 euros)”.*

Comprueba el Tribunal que la oferta de la adjudicataria presenta una baja de 544,45 euros respecto del presupuesto base de licitación establecido en el PCAP, resultando obvio, por tanto, que no tiene la consideración de temeraria según lo establecido en el PCAP y no resulta de aplicación la previsión del artículo 152 del TRLCSP. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado por este motivo.

En cuanto a la exclusión de la recurrente, se reconoce en el recurso que la documentación correspondiente a los criterios de evaluación automática, había sido introducida por error en el sobre correspondiente a los de juicio de valor.

Esta circunstancia es motivadora de la exclusión pues el artículo 150.2 del TRLCSP establece *“(...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”*

Parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valoración de las ofertas, cuestión que se regula en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece: *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”*.

No resulta acreditada la afirmación de la recurrente de que los sobres número 2 se abrirían en el mismo acto, constando lo contrario en el expediente administrativo.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado también por este motivo.

Sexto.- Debe pronunciarse el Tribunal sobre la solicitud del órgano de contratación de imposición de multa a la recurrente, debido a la existencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso, que solo persigue obstaculizar la formalización del contrato antes de la finalización del actual del que es adjudicataria la empresa recurrente.

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”*.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

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”*.

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”.

A la vista del contenido del recurso, que carece de argumentaciones mínimamente desarrolladas sobre los motivos de impugnación, carentes de sustrato según los hechos que constan en el expediente y que conoce la recurrente, se advierte la existencia de un abuso del derecho al recurso tendente a retrasar la nueva adjudicación y prorrogar el contrato vigente, lo que altera su finalidad como

medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, con evidente temeridad y mala fe.

En virtud de lo solicitado por el órgano de contratación y lo expuesto, este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

Respecto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. A la vista de las circunstancias concurrente este Tribunal considera que la multa debe imponerse en la cuantía mínima de 1.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 interpuesto por don J.L.R., en nombre y representación de SINERGIAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.A. contra la Resolución de la Directora Gerente de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del menor infractor de fecha 6 de marzo de 2017, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de Vigilancia y Seguridad en diversas dependencias de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor y en los Centros de Ejecución de Medidas Judiciales”.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP por importe de mil euros (1.000 euros).

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática del expediente de contratación 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.