

Recurso nº 242/2018
Resolución nº 254/2018

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.G.C., en representación de la empresa Gestión Integral del Suelo, S.L., don S.C.M. en representación de la empresa Enmacosa Consultoría Técnica, S.A., y don A.C.C. en representación de Gestión Medioambiente 2000, S.L., todas ellas en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal Delegado de Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible de fecha 2 de julio, por el que se adjudica el contrato de “Servicios para los trabajos relativos al control de calidad y apoyo en la inspección y vigilancia de las obras a ejecutar para la Dirección General del Espacio Público del Ayuntamiento de Madrid”, número de 300/2017/00336, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible se acordó convocar la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, división en tres lotes y pluralidad de criterios.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE el día 20 de noviembre de 2017, en el BOE el día 27 de noviembre y en el BOCM el día 22 de noviembre.

El valor estimado del contrato asciende a 17.131.468,00 euros.

Segundo.- Interesa destacar que el contrato se encuentra dividido en tres lotes. Manifestando el Pliego de Cláusulas Administrativas que cada licitador podrá presentar ofertas a los tres lotes pero solo podrá ser adjudicatario de uno de ellos.

Así mismo indica el PCAP la forma de adjudicar cada lote cuando en el mismo licitador recaigan dos o más ofertas mejor clasificadas, y que será del siguiente modo:

“Criterios objetivos a aplicar para determinar los lotes que serán adjudicados: Un licitador podrá presentar propuestas a la totalidad de los lotes, pudiendo resultar adjudicatario de solo uno de ellos. En caso de que fuese la oferta económica más ventajosa en dos o más lotes, se le adjudicaría únicamente aquel en el que hubiera obtenido la máxima puntuación total en la valoración, adjudicándose el otro (o los otros, en su caso) al licitador con puntuación inmediatamente inferior. En caso de que algún licitador obtenga la máxima puntuación total en dos o más lotes, siendo dicha puntuación igual en ellos, se le adjudicará el de mayor porcentaje de baja y, en el caso de que esta última también sea igual, se le adjudicará el lote con número identificativo más bajo”.

Tercero.- El 20 de julio de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por las representaciones de las empresas licitadoras en compromiso de UTE en el que solicita la nulidad de las adjudicaciones a los tres lotes, en base a la errónea calificación de las ofertas económicas en el lote 1 y en consecuencia la distinta aplicación de los criterios objetivos para determinar los lotes a adjudicar.

Concretamente en cuanto a la calificación por la oferta económica, indica en su escrito que el órgano de contratación ha efectuado un primer cálculo en el que incluye la oferta de la empresa Cemosa (excluida por considerarse su oferta en baja temeraria y no justificar la licitadora su viabilidad) y un segundo cálculo o como indica textualmente “recálculo” sin su consideración. De lo que se deriva, en consecuencia, que las puntuaciones obtenidas por las licitadoras a dicho lote se alteran y entran en colisión con las posibles adjudicaciones al resto de los lotes lo que conllevaría la adjudicación del lote 2 a la recurrente.

El 26 de julio 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.- Con fecha 30 de julio de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo se han recibido alegaciones formuladas por Cemosa y Geocisa de cuyo contenido se dará cuenta al estudio del fondo del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de julio de 2018, practicada la notificación al día siguiente e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el día 20 de julio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- Es necesario analizar la legitimación de las recurrentes para interponer el presente recurso. El artículo 48 de la LCSP establece que estará legitimada para la interposición del recurso especial en materia de contratación toda aquella persona física o jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*”.

En el presente caso las recurrentes, para ser consideradas legitimadas como tal, alega un defecto en el cálculo de la puntuación por el criterio precio en el lote 1. En dicho lote su oferta ha sido clasificada en cuarto lugar.

Si bien inicialmente el reconocimiento de este defecto, pondría a la recurrente en situación de legitimación en relación con la adjudicación del lote 2, su fundamento se apoya en la pretensión de incluir la proposición económica de una oferta excluida en la formulación matemática que determinará la puntuación del criterio precio del resto de las ofertas.

Esta circunstancia obliga a analizar el fondo del recurso previamente a la determinación de la legitimación de la recurrente.

En relación con el lote 1, tras la apertura de las ofertas económicas y la emisión de oportuno informe sobre la ausencia de defectos en estas, solicitado por la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Madrid en su sesión de fecha 22 de febrero, se concluye que la oferta presentada por Cemosa se ha de considerar desproporcionada.

Solicitado a la licitadora el informe justificativo de la viabilidad de su oferta, de conformidad con el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), ésta no presenta dicho documento, por lo que se considera definitivamente excluida a la licitación. Seguidamente y con las ofertas admitidas se procede al cálculo de la puntuación del criterio precio, a través de la fórmula matemática que consta en el apartado 20.1 del Anexo 1 Características del Contrato del PCAP, resultando la clasificación de ofertas que propone la Mesa de contratación en su sesión de fecha 9 de abril, donde a su vez aplica los criterios objetivos para determinar los lotes que serán adjudicados, incluyendo en su propuesta el resultado de esta operación.

El recurrente plantea en su escrito la errónea aplicación de la fórmula matemática, manifestando que inicialmente se calcularon las puntuaciones del criterio precio incluyendo la oferta de Cemosa en el lote 1 y que posteriormente fue recalculada la misma puntuación sin considerar ya la oferta desproporcionada. Este recálculo provoca que la puntuación varíe en cuanto a la primera clasificada y a la vez conlleva un cambio en cascada de adjudicaciones de cada lote en base a la aplicación de los ya reiteradamente nombrados criterios objetivos para adjudicar.

El órgano de contratación manifiesta y así se desprende del expediente aportado la inexistencia de recálculo alguno, toda vez que antes de admitir las ofertas económicas no se calculó la puntuación y solo una vez admitidas definitivamente, se aplicó correctamente la fórmula matemática que consta en Pliegos.

En parecidos términos se manifiestan las alegaciones presentadas por Cemosa y Geocisa. Ambas coinciden en la determinación de la oferta de Cemosa al lote 1 como desproporcionada, el correcto cálculo de la puntuación por la oferta económica presentada por las licitadoras y la inexistencia de recálculo alguno por parte del órgano de contratación.

El artículo 151 del TRLCSP es claro al determinar la forma de clasificación de las ofertas y que limita a aquellas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales. De su letra se deduce que las ofertas excluidas no solo no deben ser valoradas, sino que no deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar al resto de las propuestas.

La pretensión de la recurrente para obtener la legitimación necesaria para interponer el presente recurso, se basa en un hecho inexistente, como es el previo cálculo de puntuaciones considerando a la oferta excluida, apoyo falso pero indispensable para lograr la posición jurídica necesaria.

Por todo ello este Tribunal considera que la recurrente no se encuentra legitimada para interponer recurso especial en materia de contratación con el objeto de anular la adjudicación del lote 2, donde su oferta se encuentra clasificada en segundo lugar, procediendo su inadmisión.

Quinto.- Este Tribunal a la vista del motivo de recurso alegado el cual carece de sustento fáctico y de la pretensión efectuada en el mismo carece de soporte jurídico, considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

El artículo 58.2 de la LCSP 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. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. 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 número 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 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a), 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 1^a) 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".

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil (1.000) euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Inadmitir por falta de legitimación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.G.C., en representación de la empresa Gestión Integral del Suelo, S.L., don S.C.M. en representación de la empresa Enmacosa Consultoría Técnica, S.A., y don A.C.C. en representación de Gestión Medioambiente 2000, S.L., todas ellas en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal Delegado de Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible de fecha 2 de julio, por el que se adjudica el contrato de “Servicios para los trabajos relativos al control de calidad y apoyo en la inspección y vigilancia de las obras a ejecutar para la Dirección General del Espacio Público del Ayuntamiento de Madrid”, número de 300/2017/00336.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en cuantía de mil (1.000) euros.

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.