

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

En Madrid, a 4 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.M.Y., en nombre y representación de TECDOA ENERGY S.A., y Don G.V.M. y Doña C.O.G., en nombre y representación de INDRA SISTEMAS, S.A., contra el acuerdo de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo de fecha 22 de febrero de 2013, por el que se excluye a las recurrentes de la licitación del contrato “Servicio de gestión integral del alumbrado público exterior en el municipio mediante colaboración público-privada de Rivas Vaciamadrid” Expte. 21/12, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, de 20 de marzo de 2012, se inició el expediente para la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado para la gestión integral del alumbrado público exterior del municipio. En dicha fecha se efectuó el nombramiento de los miembros de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, como prevé el artículo 23.2.1ª del Real Decreto 817/2009. La Mesa especial elaboró el documento de

evaluación previa, según disponen los artículos 134 del TRLCSP y 23 del citado Real Decreto, y por Acuerdo de dicha Junta, de 22 de mayo de 2012, se aprobó el documento de evaluación previa que justifica la necesidad y conveniencia de celebrar este tipo de contrato, con base en la complejidad de la contratación y la imposibilidad de definir los medios técnicos y de cobertura jurídica o financiera que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación y acuerda aprobar el expediente de contratación, convocándose la licitación del contrato de colaboración público privada para su adjudicación mediante diálogo competitivo.

El anuncio de licitación se publicó en el D.O.U.E, de 30 de mayo de 2012, y en el BOE, de 6 de junio de 2012.

Segundo.- El 15 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de Don F.M.Y., en nombre y representación de TECDOA ENERGY, S.A., y de Don G.V.M. y Doña C.O.G., en nombre y representación de INDRA SISTEMAS, S.A. (en lo sucesivo TECDOA-INDRA), que concurrieron a la licitación en compromiso de U.T.E., contra la exclusión de las empresas por resolución de la Mesa especial de diálogo competitivo de 22 de febrero de 2013, por carecer su propuesta de suficiencia técnica. En el recurso se solicita dejar sin efecto el citado acuerdo de la Mesa y que se adopte la medida cautelar de suspensión de la tramitación de expediente.

Tercero.- El órgano de contratación remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el día 20 de marzo de 2013, el expediente de contratación completo junto con el informe preceptivo.

El órgano de contratación en su informe realiza una exposición de los antecedentes y la tramitación seguida en el expediente de contratación y sobre el fondo del recurso interpuesto alega:

Que seguidas las actuaciones de preparación del contrato y aprobado el programa funcional, se abrió plazo de presentación de solicitudes de participación en el diálogo competitivo, presentando solicitud el recurrente, INDRA SISTEMAS, S.A. y TECDOA ENERGY, S.A. en compromiso de U.T.E. Una vez analizadas las ofertas presentadas por los licitadores, la Mesa especial de diálogo competitivo decide requerir aclaraciones a sus respectivas ofertas a todos los licitadores, mediante la remisión de idéntica nota aclaratoria, en base al artículo 183.1 del TRLCSP otorgando plazo de 7 días para su cumplimentación.

Que en aclaración de ofertas, del análisis de la documentación aportada por las recurrentes, resulta que varía la oferta en cuanto al número y modelo de luminarias respecto de la oferta inicial. En el estudio luminotécnico requerido, aportan un modelo distinto de la marca-modelo inicial. En cuanto a los certificados aportados, expedidos por la entidad TÜV Rheinland Group, presentan defectos de identificación respecto a su numeración, fabricante, marca y modelo.

Finalmente la Mesa especial de diálogo competitivo, con base en los anteriores puntos, acuerda la exclusión del recurrente por insuficiencia técnica de la oferta por los motivos citados.

En el informe se opone a la suspensión de la ejecutividad del acto solicitada de contrario, por cuanto la misma afectaría al interés público, tratándose el alumbrado exterior y su mantenimiento de un servicio esencial a la comunidad y de prestación obligatoria. Así mismo, invoca la apariencia de buen Derecho del acto recurrido. Añade que no obstante, en aplicación del precepto citado, en el supuesto de acceder el Tribunal a la suspensión solicitada de contrario, proceda a la aplicación de fianza o caución suficiente tomando en consideración la entidad del contrato tramitado respecto al perjuicio que ocasionaría a la Administración y en virtud de lo expuesto, solicita la desestimación de la suspensión de la ejecutividad del acto solicitada de contrario.

Cuarto.- Con fecha 22 de marzo de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

El licitador recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

Quinto.- El Tribunal dio 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, no se ha recibido ninguna alegación.

Sexto.- Posteriormente, el día 27 de marzo de 2013, se recibió en el Tribunal escrito de Don F.M.Y., en nombre y representación de TECDOA ENERGY, S.A. y de Don A.R.R. y Don E.B.S. en representación de INDRA SISTEMAS, S.A., que acreditan su representación. En su escrito manifiestan que el 15 de marzo de 2013, TECDOA-INDRA interpusieron recurso especial contra la resolución de la Mesa especial de diálogo competitivo del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid y desean desistir de la totalidad de sus pretensiones recogidas en el recurso en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP y los artículos 87 y 91.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En su virtud, solicitan se deje sin efecto el recurso interpuesto y se declare concluso el procedimiento de recurso especial interpuesto contra su exclusión del procedimiento de contratación relativo al Servicio de gestión integral del alumbrado público exterior en el municipio mediante colaboración público-privada y que rechazando la solicitud de medidas cautelares incluida en el recurso, se permita la continuación del referido procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas TECDOA

ENERGY, S.A., e INDRA SISTEMAS, S.A., que concurrieron en compromiso de U.T.E., para interponer recurso especial, así como la representación de los firmantes del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado por la Mesa especial de diálogo competitivo en el procedimiento de adjudicación que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que tiene naturaleza administrativa y que según prevé el artículo 13 del TRLCSP se encuentra sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2b) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de febrero de 2013, practicada la notificación el día 27 de dicho mes, e interpuesto el recurso, el día 15 de marzo de 2013, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

Cuarto.- El desistimiento del recurso especial pone fin al procedimiento, que se concluye sin resolver sobre el fondo del asunto, aceptando la voluntad expresa de las recurrentes que se presentaron a la licitación en compromiso de U.T.E.

No existen en el procedimiento terceros interesados que se hayan personado, por lo que el Tribunal estima procedente aceptar el desistimiento y declarar concluso el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

y Procedimiento Administrativo Común, aplicable por remisión del artículo 46.1 del TRLCSP.

Quinto.- En el expediente consta que la Mesa especial acordó la exclusión de las recurrentes por haber aportado en aclaración de ofertas documentación que variaba la oferta inicial, lo que no se encuentra permitido, como expresamente establece el artículo 183.3 del TRLCSP. En concreto, varían el número y modelo de luminarias respecto de la oferta inicial, sobre el estudio luminotécnico requerido, aportan un modelo distinto de la marca-modelo inicial. En cuanto a los certificados aportados, expedidos por la entidad TÜV Rheinland Group, presentan defectos de identificación respecto a su numeración, fabricante, marca y modelo.

Sobre el motivo de exclusión referido a los certificados aportados por las recurrentes, consta que finalizado el diálogo competitivo y como resultado del mismo, se elaboró un Pliego de condiciones que se entregó a los candidatos que habían participado en el diálogo para que, en base al mismo, se presentasen las ofertas advirtiendo que las aclaraciones no podían alterar el contenido de la oferta.

En el Anexo 1.5 del citado Pliego se exigía la presentación de certificados acreditativos del cumplimiento de las normas UNE y EN que debían aportarse acompañados *“con el registro de la empresa certificadora en el que se refleje que dicha empresa certificadora está acreditada para certificar dichas normas UNE y EN”*.

Las recurrentes no acreditaron la autenticidad de los certificados aportados, ya que solicitada verificación por el órgano de contratación a la entidad que aparece como certificadora, TÜV Rheinland, sobre los certificados aportados por las recurrentes, esta entidad manifiesta, sobre la comprobación de estos certificados y ensayos, que los informes de números 15049113, 15050467 y 15049316 presentados, no son certificados, sino informes de ensayos y que *“en su base de datos solo se reflejan certificados para los cuales la base siempre es un informe de*

ensayos”. Igualmente TÜV Rheinland manifiesta que sobre los certificado AE nº 50224823 y AN nº 50228818 en su base de datos, consta bajo el licenciatario HANGZHOU HPWINNER OPTO CORP y no corresponde con el licenciatario que figura en los datos del documento analizado. En ambos casos añaden que se entiende *“que este certificado no es original”*.

Sexto.- El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en 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 el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística”*.

A la vista de la documentación del expediente, considerando las causas que motivaron la exclusión del procedimiento, lo alegado en el recurso y el informe del órgano de contratación, la solicitud de la adopción de medidas cautelares y el posterior desistimiento del recurso, se advierte la existencia de un abuso del derecho al mismo que altera, con evidente temeridad, su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, y que se ha causado un perjuicio al Ayuntamiento suspendiendo la tramitación del expediente y el pago de la tasa correspondiente a la resolución del recurso.

Por todo ello, considera el Tribunal que resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del texto refundido antes citado, por lo que procede la imposición de una multa a las recurrentes.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los

restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 euros. El Ayuntamiento no ha realizado una cuantificación precisa del perjuicio.

Este Tribunal considera que existe un perjuicio cierto, efectivo y evaluable para el Ayuntamiento al menos en el importe de la tasa abonada (612,06 euros), y al no haberse concretado por éste, el Tribunal fija el importe de la multa en su límite mínimo de 1.000 €.

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.- Aceptar el desistimiento de las empresas TECDOA ENERGY, S.A. e INDRA SISTEMAS, S.A., solicitado por sus representantes, en el procedimiento del recurso especial interpuesto contra el acuerdo de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo de fecha 22 de febrero de 2013, por el que se excluía a las recurrentes de la licitación del contrato de “Servicio de gestión integral del alumbrado público exterior en el municipio mediante colaboración público-privada de Rivas Vaciamadrid” Expte. 21/12.

Segundo.- Imponer solidariamente a las empresas TECDOA ENERGY, S.A. e INDRA SISTEMAS, S.A. la multa, prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de mil euros (1.000 €), por temeridad en la interposición del recurso.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente acordada por este Tribunal el día 22 de marzo de 2013 prevista en el artículo 46.3 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.