

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

En Madrid, a 10 de abril de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado Don M.B.G., en nombre y representación de la sociedad Administratel, S.L. contra la adjudicación del contrato de suministros “Arrendamiento de quioscos digitales/puntos de acceso internet en el período 2013/2015” (03 SU-29.8/2012), de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4, 8 y 17 diciembre de 2012, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministros “Arrendamiento de quioscos digitales/puntos de acceso internet en el período 2013/2015” convocado por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 238.842,97 euros, y un plazo de ejecución de treinta y seis meses, comenzando su ejecución desde el 1 de enero de 2013.

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

Una vez calificada la documentación administrativa, el día 16 de enero 2013, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas de los licitadores, constando en el acta correspondiente a dicho acto, que la oferta de la recurrente en principio es la más ventajosa económicamente, sin perjuicio de que pueda contener valores anormales o desproporcionados, lo que se comunicará a los interesados en su caso.

En cumplimiento de dicha previsión el día 17 de enero se requiere a la recurrente para que, en el plazo de 10 días hábiles justifique los términos de su oferta, al incluir valores anormales o desproporcionados, lo que verifica el día 24 de enero, fundamentando la viabilidad de su oferta en la experiencia demostrable, ahorros en los costes de fabricación del material, ahorros de escala en cuanto a los costes de explotación y programas informáticos y realizando una comparación con las ofertas del resto de los licitadores.

Con fecha 6 de febrero la Dirección General de Calidad de los Servicios emite un informe en el que se concluye que *“de la información aportada por la empresa Administratel S.L., no se desprende, en ningún caso, que en ella estén previstos los gastos necesarios para acometer en el citado proyecto, los cambios y modificaciones que con el paso del tiempo, desde su puesta en marcha en 2010, se hacen, a todas luces imprescindibles, en tanto los dispositivos físicos, con que se ha venido prestando el servicio, como en los programas informáticos. Mas bien parece desprenderse de la documentación aportada a tal fin que lo que pretende la citada empresa es dar continuidad al proyecto puesto en marcha en 2010, obviando los cambios que se requieren y que en estos años han sido detectados, tanto por esta Dirección General como por la indicada empresa.”*

Tercero.- A la vista del indicado informe, tal y como consta en el acta al que se anexa el mismo, la Mesa de contratación con fecha 7 de febrero acuerda proponer la adjudicación del contrato a la empresa Algoritmos, Procesos y Diseños, S.A., disponiéndose la adjudicación del contrato a la misma, una vez aportada la documentación necesaria, mediante Orden de 1 de marzo de 2013. Dicha Orden fue notificada la recurrente el día 7 de marzo, indicando como motivación de la no aceptación de su justificación: *“Oferta desproporcionada o anormal al no aceptarse la justificación presentada, ya que en la oferta no están previstos los gastos necesarios para acometer en el citado proyecto los cambios y modificaciones que con el paso del tiempo, desde su puesta en marcha en 2010, se hacen imprescindibles, tanto en los dispositivos físicos, con que se ha venido prestando el servicio, como en los programas informáticos”.*

Cuarto.- Contra dicha adjudicación se presentó con fecha 26 de marzo de 2013, previo el anuncio a que hace referencia el artículo 44 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), recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación que lo remitió a este Tribunal, acompañado del correspondiente expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el recurso, se alega la falta de emisión del informe técnico a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP para valorar la justificación de la viabilidad de la oferta, lo que implica la falta de motivación de la Orden recurrida.

Asimismo se aduce que la presentación de la oferta implica el cumplimiento por parte de la licitadora de las obligaciones previstas en el pliego, por lo que los criterios para no tener por justificada la viabilidad de la oferta deben ser considerados erróneos o arbitrarios, teniendo en cuenta además que siendo la actual adjudicataria del suministro, durante el tiempo que las máquinas han estado instaladas no se ha producido paralización de uso por problemas técnicos.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, afirma respecto de la primera cuestión planteada que la misma no se corresponde con la realidad puesto que con fecha 6 de febrero de 2013 la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano emitió informe sobre la justificación de la oferta y así consta en el expediente, constando así mismo motivada la Orden de adjudicación recurrida, no habiéndose producido la indefensión alegada, ratificando en el contenido del informe de 6 de febrero por lo que se refiere a la afirmación de que las máquinas que sirven para cumplir el contrato han sido instaladas por Administratel, S.L., siendo utilizadas por la Comunidad de Madrid desde el año 2010 sin que se haya paralizado el uso de los setenta y cinco quioscos por problemas técnicos.

Quinto.- Con fecha 3 de abril de 2013 se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado alegaciones por la adjudicataria el día 8 del mismo mes, en las que manifiesta en primer lugar que por parte del órgano de contratación ha sido debidamente respetado tanto el procedimiento previsto en el artículo 152, como lo dispuesto en el 151 del TRLCPS para la adjudicación de las ofertas. Señala asimismo respecto del fondo de la cuestión debatida, que el procedimiento de contratación no era una simple renovación de un servicio, como pretende la recurrente, sino un procedimiento para actualizar tecnológicamente un servicio ofrecido a los ciudadanos incorporando nuevos avances y funcionalidades, lo que determina que la justificación de la viabilidad de la oferta realizada por la recurrente no pueda ser tenida en cuenta por el órgano de contratación, en tanto en cuanto se basa en el mantenimiento de los equipos preexistentes. Por último considera que el firmante del recurso carecía de representación en tanto en cuanto consta en el expediente del recurso una escritura de poder otorgada con posterioridad a la interposición del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso, 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP. A la vista de las alegaciones de la empresa adjudicataria, cabe examinar si el firmante del recurso ostentaba representación suficiente para su interposición.

Junto con el escrito de interposición del recurso se aportó escritura de constitución de la empresa Administratel, S.L., de fecha 24 de noviembre de 2000, obrante en los folios 182 a 190 del expediente administrativo, en la que el firmante del recurso comparece como otorgante en su calidad de Administrador único de la empresa Resden que a su vez es la que constituye por fundación simultánea la sociedad de responsabilidad limitada Administratel. En dicha escritura de constitución además consta el nombramiento del firmante del recurso como Administrador único de esta última, lo que le apodera para la interposición del recurso, de acuerdo con lo establecido en artículo 233 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, cuando establece que *“1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.*

2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas: En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste”

Sin embargo la antedicha escritura se había presentado en fotocopia simple,

por lo que se solicitó la aportación del original para su cotejo, lo que se verificó el día 4 de abril. Junto con dicho original la recurrente presentó otra escritura de apoderamiento a nombre del firmante del recurso otorgada el día 4 de abril de 2013, a la que se refiere la alegante. Ante lo anteriormente expuesto y sin entrar a valorar la efectividad de dicho apoderamiento en relación con el presente recurso, debe considerarse que el recurso se interpuso por persona que ostentaba la adecuada representación de la empresa en su condición de Administrador único de la misma, tal y como se acredita en la escritura de constitución aportada junto con el escrito de recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose remitido la notificación de la Orden de adjudicación del contrato a la recurrente el día 7 de marzo de 2013, y siendo interpuesto el recurso el día 26 del mismo mes, el mismo se presentó en plazo.

Cuarto.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada y por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del fondo del asunto sometido al Tribunal, son dos las alegaciones efectuadas por la recurrente, de un lado que se le ha producido indefensión como consecuencia de la falta de motivación de la Orden recurrida y por otro lado el carácter erróneo y arbitrario de los criterios para no tener por justificada la viabilidad de la oferta.

Cabe distinguir la motivación de la Orden recurrida de la motivación que se

hace constar en la notificación de la misma efectuada a la recurrente. Respecto de la primera, frente a lo afirmado por la recurrente, consta en el expediente, y así se hace constar en el acta correspondiente a la reunión de la Mesa de contratación del día 7 de febrero de 2013, que la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, emitió informe sobre la justificación de la viabilidad de la oferta por parte de la propuesta como adjudicataria, por lo que no puede tenerse en consideración la afirmación de que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP.

En cuanto a la motivación de la notificación de la Orden, como más arriba se ha transcrito en la misma consta un resumen del contenido del indicado informe, ofreciendo una motivación escueta del rechazo de la oferta. A este respecto como este Tribunal viene señalando en numerosas ocasiones Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, como valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

El artículo 41 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, establece la obligación de los poderes adjudicadores de informar a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de los contratos y el artículo 151.4 del TRLCSP, al regular la notificación de la adjudicación obliga a que contenga la información necesaria que permita al licitador descartado interponer el recurso especial en materia de contratación cuando previene que *“La adjudicación deberá ser motivada, se*

notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

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. (...)

Así la motivación de la adjudicación es una exigencia del TRLCSP, debiendo expresarse la puntuación asignada conforme a los criterios del pliego a fin de evitar la indefensión del interesado y al mismo tiempo permitir a los licitadores y a la jurisdicción después, controlar la legalidad de los actos administrativos conforme al artículo 103 de la Constitución Española tal y como entre otras señalan la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 28 de enero de 2010, (As C-406/08 Uniplex) y la del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 RJ 2796/03). Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las

de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

En el caso que nos ocupa, como más arriba se ha señalado la notificación contiene una somera justificación de la no adjudicación del contrato a la recurrente, *“Oferta desproporcionada o anormal al no aceptarse la justificación presentada, ya que en la oferta no están previstos los gastos necesarios para acometer en el citado proyecto los cambios y modificaciones que con el paso del tiempo, desde su puesta en marcha en 2010, se hacen imprescindibles, tanto en los dispositivos físicos, con que se ha venido prestando el servicio, como en los programas informáticos”*; motivación que por otro lado le ha permitido interponer recurso fundado enervando toda posibilidad de indefensión, como se demuestra por el hecho de que en el recurso que ahora nos ocupa se discute el rechazo de la oferta, considerando errónea y arbitraria la justificación de la adjudicación efectuada.

En relación con la adecuación a derecho del rechazo de la oferta efectuada por el órgano de contratación, 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 concurren 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, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en el citado artículo 152.3 del TRLCSP. Dicha valoración debe garantizar el principio de contradicción.

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.”

Este artículo 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 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 artículo 85.4 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la oferta presentada por Administratel, S.L. incurre en presunción de temeridad. En consecuencia se le comunicó tal circunstancia, concediéndole plazo para que justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 152 corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”*, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, y para ello debe considerarse la emisión de dicho informe, no como una mera formalidad, sino como un instrumento orientado a la elección de la oferta económicamente más ventajosa que a la postre constituye la finalidad del sistema de contratación pública (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beentjes/Países Bajos. As 31/87*).

De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo.

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.

En este caso, el informe valorativo de la justificación de la oferta considera la inviabilidad de la misma, en que no puede tener en cuenta la inexistencia de coste de instalación de los equipos y programas por contar la empresa con los mismos al haber sido la adjudicataria anterior del suministro, puesto que los conceptos que se considera en 2013 como dispositivo con las características físicas que se describen en el pliego difieren de los dispositivos del contrato del 2010, del que la recurrente es

adjudicataria, de manera que al no responder a las características exigidas por el PPT, no cabe apreciar el ahorro derivado de la no necesidad de adquisición de nuevos equipos y programas.

Por otro lado parece contradictoria la afirmación realizada por la recurrente en el sentido de que su oferta le compromete a cumplir las prescripciones del PPT, siendo así que dicho cumplimiento, según el informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano exigiría cambios respecto del contrato actual, y en la justificación ofrecida por aquélla gran parte del ahorro consistiría precisamente en aportar los mismos equipos y programas que ya aportó al contrato actualmente vigente, sin que en el recurso conste alegación alguna o al menos un principio de prueba sobre la identidad de las prescripciones técnicas del contrato actual y el que es objeto del presente recurso.

Tampoco se ha podido comprobar que los equipos a suministrar ofertados por la recurrente cumplen las indicadas prescripciones técnicas puesto que al establecerse como único criterio de adjudicación el precio, no se ha previsto la necesidad de aportación de documentación alguna para comprobar tal cumplimiento, por lo que no puede aducirse que la oferta cumple los requisitos del pliego.

Habiéndose cumplido por tanto con las formalidades previstas, estando motivada la adjudicación del contrato y no observándose error o arbitrariedad en el informe que sustenta la decisión del órgano de contratación, este Tribunal considera que la actuación del mismo es ajustada a Derecho.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 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 en materia de contratación formulado por Don M.B.G., en nombre y representación de la sociedad Administratel, S.L., contra la adjudicación del contrato de suministros “Arrendamiento de quioscos digitales/puntos de acceso internet en el período 2013/2015” (03 SU-29.8/2012), de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

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.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo adoptado el 4 de abril de 2013.

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 TRLCSP.