

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por don C.F.F., en nombre y representación de ILUNION Limpieza y Medioambiente, S.A. y de ILUNION C.E.E. Limpieza y Medioambiente, S.A., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de 2 de noviembre de 2017 por el que se adjudica el contrato “Servicio de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011700106, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 26, 28 y 30 de junio de 2017, se publica respectivamente en el Perfil de contratante de Metro de Madrid, en el DOUE, en el Portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid, en el BOCM y en el BOE, la convocatoria de la licitación para la contratación del servicio de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid, por procedimiento abierto, criterio único el precio y dividido en cinco lotes. El valor estimado del contrato es 202.587.990 euros y la duración cuatro años con posibilidad de prórroga en periodos semestrales hasta un máximo total de un año.

La condición 8 del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) relativa a la

proposición económica, en los párrafos 4 y 5, expresamente prevé *“Si el contrato se divide en lotes, el licitador podrá ofertar por uno, por varios o por la totalidad de los lotes en función de lo indicado al respecto en el apartado 6 del Cuadro Resumen, conforme al presupuesto de licitación establecido para cada uno de ellos en el apartado 10 de dicho Cuadro Resumen (...).”*

De acuerdo con el apartado 6, punto b) del cuadro resumen del PCP, *“La presentación de ofertas a esta licitación se realizará de la siguiente forma:*

- Los licitadores deberán presentar oferta a todos los lotes objeto de esta licitación.

En el caso de que un licitador presente oferta a cualquiera de los lotes indicados anteriormente por importe superior al presupuesto máximo de licitación de dicho lote, no serán tenidas en consideración ninguna de ellas y, por tanto, serán excluidas del procedimiento. (...).”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 5 empresas, entre ellas la recurrente, siendo todas las restantes admitidas.

Tras la apertura de las ofertas económicas, se comprobó que la oferta económica de ILUNION incumplía las previsiones del PCP al ofertar al lote D por un importe (26.907.409,19 euros) que superaba en 371.229,19 euros el presupuesto máximo de licitación establecido para ese lote (26.536.180,00 euros), por lo que su oferta quedó excluida lo que le fue comunicado, el 29 de agosto de 2017.

Contra dicha exclusión Ilunion interpuso recurso especial en materia de contratación que fue desestimado mediante Resolución 296/2017, de 18 de octubre, en la que se aprecia que la reclamante ha cometido un error insubsanable en la presentación de su oferta, ya que la misma excede del presupuesto máximo de licitación del lote D, por lo que la actuación del órgano de contratación excluyendo su oferta del procedimiento es conforme a derecho y el recurso debe desestimarse.

Tercero.- Con fecha 2 de noviembre de 2017 se adjudica el contrato, publicándose

el anuncio de adjudicación en el DOUE del día 4 de noviembre.

Con fecha 27 de septiembre de 2017, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE) tuvo entrada en el Tribunal la reclamación presentado por la representación de la UTE en la que se afirma que el único argumento en que se fundamenta la misma es que Ilunion habría cometido un error insubsanable al presentar su oferta, sin que el Tribunal entre “*en mayores honduras ni reflexiones jurídicas*”, ni haya entrado en cuestiones fundamentales planteadas en la reclamación presentada. Así mismo informa que de forma paralela a la interposición del recurso contra su exclusión, había recurrido los pliegos por los que ha de regirse la licitación a través de un recurso contencioso administrativo que amplió asimismo a la Resolución del Tribunal.

Afirma que de no haber sido excluida podría haber sido adjudicataria del lote B al que había presentado la oferta económicamente más ventajosa y de nuevo argumenta contra su exclusión.

Cuarto.- El mismo día se requirió al órgano de contratación para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la LCSE, remitiera el expediente y el informe preceptivo correspondiente, lo que verificó el día 4 de diciembre de 2017 en el que solicita la inadmisión de la reclamación ya que si bien formalmente se dirige contra “*la adjudicación*” del servicio de limpieza de estaciones de Metro de Madrid, en realidad supone reiterar la reclamación contra su exclusión de la licitación, que ya fue desestimada por el TACPCM mediante Resolución 296/2017, de 18 de octubre, utilizando la reclamación para hacer que opere de forma automática la suspensión del procedimiento de licitación al ser la actual adjudicataria del servicio.

Considera que esta reclamación constituye un claro fraude de ley, que debe inadmitirse en virtud del efecto de la cosa juzgada administrativa, y de la

litispendencia por la interposición de recurso contencioso administrativo contra la Resolución 296/2017. Por último aduce que no conoce sobre qué aspectos de la misma debe informar al TACPCM, sin perjuicio de lo cual, en ningún caso, puede ser estimada la reclamación porque ninguna infracción, ni reproche se ha señalado en la misma que permita ni tan siquiera presumir la existencia de defecto alguno en la adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCP señala que *“en los términos establecidos en la condición 1.5 del presente Pliego de Condiciones Particulares, la preparación y adjudicación de este contrato se regirá por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y en las Instrucciones Internas de Contratación de Metro de Madrid, S.A., de 13 de Septiembre de 2012. En cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato derivado de la presente licitación, se regirán por lo establecido en las citadas Instrucciones Internas, en el contrato, en la documentación contractual y en el derecho privado aplicándose supletoriamente las reglas de Libro IV del TRLCSP en lo que resulten de aplicación.”*

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se dirige formalmente contra la adjudicación de un contrato de servicios, con un valor estimado de 202.587.990,00 euros, del Anexo II A de la LCSE, categoría 14, que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma al ser su valor estimado superior a 418.000 euros.

Tercero.- Debe examinarse en primer lugar la admisibilidad de la reclamación a la vista de su contenido con independencia del acto formalmente recurrido, lo que además afecta a la apreciación de la legitimación de la recurrente.

Afirma el órgano de contratación que la reclamación se ha interpuesto en fraude de ley, en tanto en cuanto no contiene argumentación alguna en torno al propio acto de adjudicación, sino que se limita a reproducir los argumentos hechos valer en la reclamación 285/2017 interpuesta por los reclamantes en compromiso de UTE, así como a cuestionar el pronunciamiento desestimatorio de la misma.

Comprueba el Tribunal que efectivamente la reclamación actual no hace sino reproducir los argumentos hechos valer en la que se resolvió mediante la indicada resolución, así como plantear la inadecuada desestimación de la reclamación considerando que el Tribunal *“no entra, por lo demás, en ninguno de los otros argumentos alegados por esta parte en su reclamación, fundamentales para la resolución de la misma y determinantes de la nulidad de la resolución impugnada, que omite por completo”*.

En primer lugar en cuanto a la discrepancia con la decisión adoptada hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 108 de la LCSE que establece que *“Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*. Por lo tanto no cabe pronunciarse sobre las alegaciones relativas a la falta de congruencia de la resolución con los argumentos expuestos en la reclamación que le sirve de base.

Tampoco procede volver a emitir resolución sobre la exclusión de la UTE en virtud del principio de cosa juzgada material, que tiene lugar cuando el caso planteado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado en otro anterior, mediante resolución firme. Este principio, tributario del de seguridad jurídica, evita que la discusión jurídica se alargue indefinidamente mediante la interposición de

sucesivos recursos sobre cuestiones que ya han sido resueltas. Produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud del carácter definitivo e inmutable de la decisión. Los citados efectos se conciben para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. La recurrente aprovechando el acto de adjudicación reitera en la vía administrativa una cuestión ya resuelta y respecto de la que el Tribunal ni siquiera tiene la posibilidad de revocar o modificar, conforme a la denominada cosa juzgada administrativa. Cualquier decisión basada en los mismos hechos y fundamentos de derecho debería conducir necesariamente a la misma conclusión, siendo por tanto una repetición de lo ya planteado en los mismos términos y una dilación innecesaria del procedimiento.

El efecto de cosa juzgada es plenamente aplicable al ámbito administrativo. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos que *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*. Así este Tribunal lo ha venido aplicando entre otras en la Resolución 101/2016, de 25 de mayo.

Por lo tanto, dado que contra las Resoluciones del Tribunal no cabe recurso alguno en vía administrativa y que el órgano de contratación actuó en estricto cumplimiento de la Resolución de este Tribunal, no cabe ahora pronunciarse de nuevo sobre la cuestión controvertida, debiendo inadmitir el recurso.

Ello determina que al ser ejecutiva la resolución de acuerdo con lo establecido en el artículo 108.3 de la LCSE *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*, la reclamante se encuentre en la situación de excluida y por tanto carezca de legitimación activa respecto de la pretensión de nulidad de la adjudicación.

Cuarto.- Aunque no se ha solicitado la imposición de multa por temeridad o mala fe de forma específica el órgano de contratación expone que la finalidad de la reclamación no es otra que la dilatar la formalización del contrato al ser la reclamante la actual adjudicataria, este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.5 de la LCSE que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

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”*. La Sentencia número 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.”*

A la vista del contenido de la reclamación, y la circunstancia de que la recurrente no desconocía su falta de legitimación, como lo demuestran sus alegaciones y el hecho de que para intentar enervar dicha falta de legitimación se interpusiera recurso contencioso administrativo aprecia temeridad y mala fe en la interposición del recurso al utilizar el mismo con un fin torticero y en fraude procedimental para lograr la suspensión del procedimiento de licitación y alargar así su posición de contratista.

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.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la multa debe imponerse en su grado mínimo por lo que se cifra en 1.000 euros, (mil euros).

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE 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.- Inadmitir la reclamación en materia de contratación interpuesta por don C.F.F., en nombre y representación de ILUNION Limpieza y Medioambiente, S.A. y de ILUNION C.E.E. Limpieza y Medioambiente, S.A., contra el Acuerdo de 2 de noviembre de 2017 por el que se adjudica el contrato “Servicio de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011700106.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en

el artículo 106.5 de la LCSE, en la cuantía de 1.000 euros.

Tercero.- Levantar la suspensión automática procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

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 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 108 de la LCSE.