

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

En Madrid, a 11 de junio de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don L.R.P., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales S.A. (FULTON), contra la adjudicación del “Contrato Administrativo Mixto de Suministro y Servicios Energéticos y Mantenimiento Integral con Garantía Total de Edificios Municipales y Centros Educativos del Municipio de Móstoles”, expediente C/034/CON/2013-122, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 12 y 14 de diciembre de 2013, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al contrato de Suministro y Servicios Energéticos y Mantenimiento Integral con Garantía Total de Edificios Municipales y Centros Educativos del Municipio de Móstoles, con un valor estimado de 100.231.353,82 euros, IVA excluido, con un plazo de ejecución del contrato de doce años a partir de su formalización, con posibilidad de prórroga por un plazo no superior a cinco años.

El objeto del contrato comprende varias prestaciones identificadas como P1 a

P5, con el siguiente objeto Prestación P1: Gestión Energética y compra de suministros, con un presupuesto base de licitación anual de 4.426.543,20 euros, IVA incluido. Prestación P2: Mantenimiento preventivo, Prestación P3, Mantenimiento correctivo bajo la modalidad de garantía total, con un presupuesto base de licitación anual para ambas de 1.825.000,00 euros, IVA incluido. Prestación P4, Inversiones en ahorro energético y energías renovables Prestación P5, Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía.

Como criterios de valoración se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), tanto criterios a evaluar mediante la aplicación de una fórmula, singularmente entre ellos la propuesta económica a la que se asignan hasta 200 puntos y las mejoras propuestas por el licitador baremadas hasta con 410 puntos; y criterios cuya evaluación depende de un juicio de valor, entre ellos la valoración técnica de la oferta con 181 puntos, mejoras sugeridas por la Administración a concretar por las ESES (empresas suministradoras de energía), valorada con hasta 200 puntos y mejoras propuestas libremente por el licitador baremadas hasta 28 puntos.

A la licitación convocada se presentaron tres empresas entre ellas, la recurrente. La mesa de contratación se reúne con fecha 13 marzo de 2014, para dar lectura del informe relativo a los criterios de valoración que dependen de un juicio de valor y para proceder a la apertura del sobre 3 con la oferta económica y los criterios valorables mediante fórmula.

Segundo.- La Mesa de contratación procedió a excluir la oferta de la recurrente al observarse una inconsistencia interna en la misma, mediante Acuerdo de 3 de abril de 2014, que fue objeto de recurso especial, que concluyó mediante Resolución de este Tribunal 79/2014, de 7 de mayo, desestimatoria de las pretensiones de la recurrente. Frente a dicha Resolución se interpuso recurso contencioso administrativo, el 6 de junio de 2014.

Por último el contrato se adjudicó mediante Resolución de la Junta de

Gobierno local el 20 de mayo de 2014.

Tercero.- Con fecha 5 de junio de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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), se presentó recurso especial ante este Tribunal, que lo remitió al día siguiente al órgano de contratación requiriéndose el correspondiente expediente y el informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP. El expediente junto con el informe preceptivo tuvo entrada en este Tribunal el 10 de junio de 2014.

En el recurso, se solicita que declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación del contrato por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido puesto que en el acto de lectura del informe de valoración efectuado el día 13 de marzo, no se dio lectura, y por tanto no se tuvo en cuenta, la parte de la oferta relativa a las mejoras propuestas por cada licitador y, en la apertura del sobre 3 únicamente se tuvo en cuenta la oferta económica, vulnerando lo dispuesto en las cláusulas 15 y 19 del PCAP.

Ahora bien, existe una discordancia entre el suplico del recurso y la argumentación del mismo en tanto en el FD cuarto lo que se aduce es la nulidad del acuerdo de exclusión de la recurrente por el mismo motivo.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, alega la falta de legitimación activa de la recurrente y solicita que le sea impuesta una multa argumentando que : *“Habida cuenta además de la ausencia de argumentación por parte de FULTON, más allá de la de haber interpuesto recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la desestimación por el TACPCM del recurso anterior, interpuesto contra el acto de exclusión de la Mesa de Contratación, el único sentido que cabe deducir del nuevo recurso es el de paralizar el expediente de contratación, al ser los efectos del acto recurrido los de su suspensión automática; entendiéndose la que suscribe que subyace un interés de la mercantil recurrente prorrogar contratos de los que es adjudicatario y*

cuyas prestaciones constituyen baja del contrato de mantenimiento integral, cuya formalización se hubiera producido de no interponerse el nuevo recurso, ya que la última prórroga aprobada se dejó condicionada a la formalización del nuevo contrato; causando un perjuicio tanto a la administración contratante, por cuanto que la prórroga de los contratos anteriores resulta menos económica que la prestación de un mantenimiento integral; como al adjudicatario del nuevo contrato que no puede formalizarse por la interposición de un recurso que no va a aportar ningún beneficio cierto al recurrente; concurriendo un perjuicio cierto, efectivo y evaluable por la dilación del procedimiento imputable a la recurrente”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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.

Segundo.- Especial examen merece la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o

puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

Una vez expuesta la anterior doctrina, podemos abordar ya el examen de la cuestión planteada respecto del presente recurso. En concreto en el recurso se solicita que se anule la adjudicación del contrato por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, siendo así que la oferta de la recurrente fue excluida por Acuerdo de 3 de abril de 2014 de la Mesa de contratación, ratificado en su legalidad por este Tribunal, mediante Resolución 79/2014, de 7 de mayo.

De acuerdo con lo anterior la exclusión de la recurrente en una fase anterior del procedimiento en principio no permitiría, la adjudicación del recurso a la misma, ni siquiera derivada de la realización de un nuevo informe de valoración como solicita puesto que, al haber sido excluida previamente, la misma no puede volver a valorarse.

Por último cabe examinar la incidencia que puede tener la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 79/2014, de 7 de mayo, ya que afirma la recurrente que hasta que se dicte Sentencia, continúa legitimada para la interposición del recurso.

Debe señalarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del TRLCPS las resoluciones que se dicten por el Tribunal son inmediatamente ejecutivas, de manera que producen efecto, en este caso el de apartar del procedimiento de licitación a la recurrente, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse en el procedimiento contencioso, que en este caso no constan, y de la forma en que eventualmente puedan satisfacerse los intereses de la recurrente de considerar que la Resolución recurrida no se ajustaba a derecho.

Tercero.- 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 en la interposición del recurso y un perjuicio para el órgano de contratación que si bien no se ha cuantificado, ha sido invocado por el mismo.

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”*. 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.”*

A la vista del contenido del recurso, 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 al día siguiente de la presentación de este recurso, lo que se acreditó previo requerimiento de este Tribunal, 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.

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.

Con fecha 10 de junio se ha recibido un escrito firmado por la Responsable de contratación en el que se cuantifican los gastos que para el Ayuntamiento ha supuesto la suspensión del expediente y la tramitación del recurso a efectos de su inclusión en una eventual multa. En concreto se cuantifica el importe de la tasa a satisfacer, así como el importe de la prórroga de los cuatro contratos a los que sustituye el que es actualmente objeto de recurso, cuyo inicio estaba previsto para el día 1 de mayo, habiendo supuesto la interposición de los dos recursos por Fulton, según se aduce, la innecesaria suspensión del procedimiento y la consiguiente necesidad de prorrogar los anteriores contratos.

Sin embargo, no debe tenerse en cuenta el efecto del anterior recurso en la cuantificación de la multa dado que no se apreció temeridad en la interposición del mismo. Respecto de este segundo caso, no todo el importe de las prórrogas es trasladable directamente como perjuicio al Ayuntamiento, debiendo en su caso tenerse en cuenta la diferencia entre el importe de cada prórroga y el importe mensual del nuevo contrato, dato que no ha sido ofrecido.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la multa debe imponerse considerando el perjuicio derivado del coste de las prórrogas en su grado mínimo, al que habría que sumar el importe de la tasa prevista en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, que asciende a 618,18 euros. Por ello el importe final de la multa se fija en 1.618,18 euros.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por Don L.R.P., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales S.A. (FULTON), contra la adjudicación del “Contrato Administrativo Mixto de Suministro y Servicios Energéticos y Mantenimiento Integral con Garantía Total de Edificios Municipales y Centros Educativos del Municipio de Móstoles”, expediente C/034/CON/2013-122, por falta de legitimación activa.

Segundo.- Imponer a la empresa Fulton Servicios Integrales S.A. la multa, prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de mil seiscientos dieciocho euros y

dieciocho céntimos (1.618,18 euros), por temeridad en la interposición del recurso.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento prevista 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 TRLCSP.