

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

En Madrid, a 20 de septiembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.K. en representación de Mitsubishi Electric Europe BV sucursal en España, contra la adjudicación del contrato de suministro de 85 videoproyectores en régimen de alquiler, adecuación y compra de las carcasas protectoras de los videos proyectores. Licitación número 6011100155, dividido en dos lotes de Metro de Madrid S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Dirección de Explotación Comercial y Proyectos Exteriores de Metro de Madrid S.A. convocó la contratación para el suministro de videoproyectores en régimen de alquiler y adecuación y compra de las carcasas protectoras de los videoproyectores, para emisión de Canal Metro en los andenes de las estaciones, dividido en dos lotes, con un valor estimado de 988.874 € y adjudicación mediante procedimiento abierto y criterio precio.

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE de 17 de noviembre de 2011, en el que se indicaba el órgano competente en los procedimientos de recurso y el plazo para interposición de la reclamación, así como el servicio que podía facilitar información sobre la interposición de la reclamación, igualmente se publicó en el BOCM de 1 de diciembre de 2011 y en el Perfil del contratante.

Mitsubishi Electric había presentado oferta a los dos lotes resultando excluida en ambos por no haber alcanzado la puntuación mínima necesaria en la valoración técnica. En el expediente consta que el recurrente dirigió un correo electrónico el día 25 de enero de 2012 al Área de Contratación de Metro solicitando aclaración sobre la exclusión de su oferta y que se detallara qué punto del apartado 4.1 de PPT había sido considerado deficiente y servido de base para calificar de no apta su oferta y por tanto excluida del procedimiento. Mediante correo electrónico de la misma fecha se respondió desde el Área de contratación de Metro indicando las causas de la exclusión sin que en esta notificación se indicase la posibilidad de recurrir contra el acto.

El contrato se adjudicó previo acuerdo del Consejo de Dirección de Metro de día 9 de mayo de 2012. El anuncio de la adjudicación fue publicado el DOUE de 3 de julio de 2012, se informaba del régimen recursos ante este Tribunal y se remitía para mayor información a la Consejería de Transportes. El día 18 de julio de 2012 se publicó en el BOCM en el que se informaba igualmente del plazo para interposición del recurso e igualmente fue publicado en el perfil de contratante el día 18 de mayo de 2012.

No consta que se notificase la adjudicación del contrato al recurrente que manifiesta haber conocido a mediados de junio quién iba a ser la adjudicataría y en el DOUE de 3 de julio de 2012 cuyo ejemplar aporta. El contrato fue formalizado el día 26 de junio de 2012.

Segundo.- El día 27 de julio de 2012 se recibe en el Tribunal el recurso especial interpuesto por la representación de la empresa Mitsubishi Electric Europe B.V., sucursal en España, contra la adjudicación del contrato.

El escrito debe calificarse como Reclamación formulada en los términos de los artículos 101 y 104 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 (LCSE) que rige el contrato y se basa en las consideraciones siguientes:

Que el 24 de enero de 2012 le comunicaron la exclusión de su propuesta de licitación y sobre ello considera que el procedimiento de licitación vulnera la legislación aplicable y sus intereses comerciales.

Que con fecha 3 de julio de 2012 se ha publicado en el DOUE el acto de adjudicación de la licitación promovida por la sociedad Metro de Madrid. S.A.

Que a mediados de junio tuvo conocimiento de quién iba a ser la adjudicataria de la licitación, y se dirigió a Metro de Madrid, S.A. *con el fin de poder esclarecer algunos puntos confusos de esa adjudicación y a saber: (i) e informar sobre determinados apartados del Pliego de Condiciones Técnicas presentado por la pendiente de publicar- adjudicataria dado que de la información y documental recibida de Elenbra, S.L. se iban a infringir sus derechos de propiedad industrial sobre carcasas objeto del Lote 2 (Modelo de Utilidad nº de publicación en BOPI ES 1 074 839 y Modelo Comunitario no Registrado) así como de sus secretos industriales y comerciales (know-how e información confidencial) y (ii) la realización de la validación técnica de la propuesta de la adjudicataria conjuntamente con la muestra física que tendría que haber presentado esta última.* Acompaña copia de la carta remitida por Elenbra, S.L. dirigida a Metro de Madrid, el 21 de julio vía burofax y copia de la carta remitida por la recurrente a Metro de Madrid, con sus acuses de recepción.

Que el 19 de julio de 2012 ha podido observar que en varias paradas del Metro de Madrid los videoproyectores instalados ya no eran de la marca Mitsubishi Electric y que las carcadas fabricadas por Elenbra, S.L., habían sido manipuladas para adaptarlas al nuevo videoprojector.

Asimismo alega “que en la ejecución de la Licitación, se comprueba que las Prescripciones técnicas no se están cumpliendo. O bien los productos y/o servicios objeto de los Lotes n.ºs.1 y/o 2 no cumplen las especificaciones técnicas –como creemos y/o se han vulnerado los descritos derechos de Elenbra, S.L. o bien la ejecución no se ha realizado correctamente.”

Considera que la probabilidad mayor es que la ejecución de la Licitación se haya realizado sin el consentimiento expreso de Elenbra S.L. por cuanto respecta al Lote nº 2 lo que conlleva una vulneración de los derechos de propiedad industrial de Elenbra, S.L. (Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y Reglamento CE 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre, sobre Dibujos y Modelos Comunitarios) así como un acto de competencia desleal por cuanto la información que se necesita emplear, tanto en relación con soluciones estéticas, como técnicas y cuestiones de funcionamiento además de mantenimiento, solamente la dispone la Adjudicataria en el marco de una relación comercial anterior con el deber de buena fe de guardar confidencialidad y no utilizarla para beneficio propio sin el consentimiento de Elenbra, S.L. (a saber, actos ilícitos proscritos por los artículos 11.1 y 2 Actos de Imitación y 13 Violación de Secretos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

Solicita que, de oficio por Metro de Madrid, S.A. y/o el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

- a) Se paralice totalmente no sólo de la ejecución de la Licitación, sino que se retiren los vídeos proyectores instalados así como la inmediata

recomposición de las carcasas alteradas, dejando una muestra para su examen por el Tribunal.

- b) La suspensión automática del expediente de contratación.
- c) La declaración de la nulidad de la licitación con la necesidad de volver a iniciar nuevo procedimiento de licitación.
- d) Analizar sí la Adjudicataria ha incumplido los Pliegos de la Licitación en cuanto a la aportación de información falsa o inexacta, o posible infracción de los derechos de propiedad industrial y secretos industriales y comerciales de Elenbra, S.L.

Finalmente propone los medios de prueba:

- Documental: la acompañada con este escrito y la que se derive del Expediente Administrativo.
- Exhibición documental 1 (a aportar por Metro de Madrid, S.A.): Pliego de condiciones Técnicas presentado por la Adjudicataria incluyendo en dicho sentido tanto las propuestas de mantenimiento y técnicas como la muestra física aportada para la evaluación técnica de su proposición.
- Exhibición documental 2 (a aportar por Metro de Madrid, S.A.): Informe de evaluación técnica de todos los Pliegos de Condiciones Técnicas presentados a la Licitación y que realizó o el órgano de contratación o cualquier tercero que subcontractase a los efectos.
- Anuncio, con posterior aportación cuando se disponga de la misma por un tercero independiente, de la documental consistente en una adveración de la ejecución del objeto de la Licitación.
- Testifical: de los comerciales de Mitsubishi Electric Don J.M. y Don F.R., Doña E.M. de Elenbra, S.L.
- Eventual Pericial en el supuesto de estimarse necesario a la vista del Expediente Administrativo y el resultado de las pruebas de exhibición mencionadas.

Tercero.- El órgano de contratación remitió el expediente y el informe sobre la reclamación el día 2 de agosto y fue completado los días 3 de agosto de 2012 y 12 de septiembre de 2012. En el informe se alega que el contrato se rige por 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 (LCSE) que el plazo establecido en el artículo 104.2 de dicha Ley para interposición de la reclamación contra la adjudicación es de 15 días y la misma no es recurrible por haberse publicado en perfil de contratante el día 18 de mayo de 2012 y haberse formalizado el contrato el 26 de junio, superándose ampliamente el plazo para la interposición de la reclamación.

Cuarto- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

Quinto.- En cuanto a los medios de prueba solicitados el Tribunal en virtud de lo previsto en el artículo 105.4 de la LCSE no consideró procedente su realización ya que respecto de los tres primeros medios ya constaban en el expediente los pliegos de condiciones técnicas y de condiciones particulares, la valoración técnica detallada de las ofertas presentadas a los dos lotes y la oferta de la adjudicataria y no se estimó necesaria, a la vista del expediente, practicar prueba testifical propuesta por la recurrente ni de la de la empresa Elenbra S.L., así como de otros peritos propuestos.

Sexto.- En virtud de la Resolución 1/2012, de 26 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se acordó la suspensión de la resolución de los recursos especiales pendientes ante este Tribunal, del 6 de agosto al 6 de septiembre de 2012, sin perjuicio de la realización de todos los trámites hasta llegar a la fase de resolución y exceptuando

aquellos recursos en los que se hubiera solicitado la convocatoria extraordinaria del Pleno por razones de urgencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Disposición adicional segunda 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 (LCSE) en su apartado 7, y a efectos de lo dispuesto en su artículo 3, incluye a Metro de Madrid S.A. entre las entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses.

Metro de Madrid S.A., es una empresa pública de la Comunidad de Madrid sujeta en su contratación a 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 (LCSE) siempre que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 de dicha Ley y cuyo valor estimado sea igual superior a los límites establecidos en el artículo 16 de dicha Ley.

Para los contratos que no superen esos umbrales, Metro de Madrid, de acuerdo con la Disposición adicional 8ª, y lo previsto en el artículo 192 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) tiene aprobadas sus Instrucciones Internas en materia de contratación que, en su redacción actualizada, entraron en vigor el día 1 de mayo de 2008.

El valor estimado del contrato objeto de reclamación supera el importe de 400.000 € previsto en el artículo 16 de la LCSE, para los contratos de servicios y suministros, y ha sido tramitado de acuerdo con lo dispuesto en la citada Ley en cuanto a su preparación y adjudicación así como a lo establecido en el correspondiente Pliego de Condiciones Particulares.

Segundo. - Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Mitsubishi Electric Europe B.V. sucursal en España y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE.

El acto es susceptible de reclamación como prevé el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 40.1 a) del TRLCSP por tratarse de contrato regulado por la LCSE cuyo valor estimado supera el umbral establecido en el artículo 16 de dicha Ley.

Tercero.- El artículo 19 de la LCSE dispone, respecto de los contratos que se adjudiquen en su virtud, que deberán ajustarse a los principios de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia.

La Disposición adicional octava, apartado 2 del TRLCSP, dispone que la celebración de contratos por los entes organismo y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se registrarán por esta norma salvo que una ley sujete estos contrato al régimen previsto en la Ley para las Administraciones Publicas en cuyo caso se les aplicara también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007 que se celebren en los sectores del agua la energía los trasportes y los servicios postales por los organismo y entidades antes citados se registrarán por las disposiciones del TRLCSP sin que le sean aplicables en ningún caso las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Cuarto.- La Reclamación se dirige contra la adjudicación de un contrato de suministros, con un valor estimado de 988.874 €, dado su objeto y el valor estimado, la competencia para resolver la reclamación corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP así como lo

dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la reclamación se formula contra la adjudicación de los dos lotes, alegándose que se han vulnerado los artículos 37.1. b) en relación con el 156.3 y 5 del TRCLSP, deduciéndose de la compleja redacción del escrito de la reclamación, que el motivo de la impugnación se basa en haberse adjudicado el contrato a otra empresa, no haber tenido conocimiento de la adjudicación y haber observado el día 19 de julio de 2012 que en varias paradas de Metro los videoproyectores no eran de Mitsubishi.

Igualmente considera que se han producido infracciones en la formalización del contrato e inicio de la ejecución por lo que se deduce que igualmente el motivo en que se basa es la posible infracción de los plazos en la formalización.

Invoca la causa de anulabilidad del artículo 33 y de invalidez del artículo 36 del TRLCSP por considerar que se ha vulnerado el derecho de propiedad de Elenbra S.L. respecto de las carcassas que han sido alteradas sin su permiso infringiendo sus derechos de propiedad. Sin que resulte probado el interés en esta reclamación por parte de Elenbra.

Sexto.- Debe plantearse la incidencia que la formalización del contrato pudiera tener sobre la presente reclamación ya que la misma, como más arriba se ha indicado, se presentó en este Tribunal el día 27 de julio de 2012, posterior a la formalización del contrato que tuvo lugar el día 26 de junio de 2012.

Las reclamaciones formuladas en el ámbito de la LCSE tienen carácter precontractual, de manera que los actos susceptibles de dichas reclamaciones, son aquellos que se producen en las fases de preparación y adjudicación del contrato como se desprende de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la LCSE cuando señala que la resolución del órgano competente “*se pronunciará sobre la anulación de las*

decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.” siendo susceptibles los actos posteriores únicamente de la cuestión de nulidad regulada en los artículos 109 y siguientes de la LCSE.

Dado que la reclamación ha sido interpuesta una vez realizada la formalización e iniciada la ejecución del contrato en consecuencia con lo anterior el Tribunal no se considera competente para resolver en este caso por lo que procede únicamente analizar si se encuentra en algún supuesto especial de nulidad que prevé el artículo 109 de la LCSE, que establece que:

- a) *“1. Los contratos celebrados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley serán nulos en los siguientes casos: Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la forma prevista en el artículo 65*
- b) *Cuando a pesar de haberse interpuesto reclamación por infracción de de las normas de esta Ley, se hubiese formalizado el contrato sin tener en cuenta al suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente y sin esperar a que se dicte resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión*
- c) *Cuando no se hubiese respetado el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 83.3 antes de proceder a la formalización del contrato siempre que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 101 y siguientes y además hubiera concurrido con alguna*

infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta”.

Tendría que haberse dado por lo tanto la concurrencia de los citados requisitos del artículo 109 para ser considerado nulo. El contrato objeto de la reclamación no se encuentra en el primer supuesto ya que el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 17 de noviembre de 2011, en el que se indicaba el órgano competente en los procedimientos de recurso y el plazo para interposición de la reclamación así como el servicio que podía facilitar información sobre la interposición de la reclamación, igualmente se publicó en el BOCM de 1 de diciembre de 2011 y en el Perfil de contratante.

Tampoco se considera que incurra en el segundo supuesto ya que la reclamación se interpone cuando el contrato ha sido formalizado y en cuanto al tercer supuesto, se respetó el plazo del artículo 83.3 de la LCSE considerando su cómputo de acuerdo con el artículo 104.2 de dicha ley ya que la adjudicación tuvo lugar el día 9 de mayo de 2012 y se publicó en perfil de contratante el día 18 de mayo formalizándose el contrato el 26 de junio. El órgano de contratación consideró cumplido el plazo para formalización de 15 días establecido en el artículo 83.3 de la LCSE que remite en la forma de cómputo al artículo 104.2.

Finalmente no se observa que se produjese infracción de los preceptos de la Ley que impidieran al reclamante obtener la adjudicación ya que el licitador había sido excluido del procedimiento en el mes de enero de 2012, por los motivos que le fueron notificados el 24 de dicho mes, y posteriormente el día 25 del mismo aclarados y especificados por el órgano de contratación.

El artículo 84 de la LCSE sobre información a los licitadores dispone:

“1.- Las entidades contratantes informaran a los operadores económicos participantes en el menor plazo posible de las decisiones tomadas en relación

*con la adjudicación del contrato, con la celebración de un acuerdo marco (...).
Esta información se facilitara por escrito en caso de que así se solicite a las entidades contratantes.*

(..)

3.- Las entidades contratantes comunicarán, a todo candidato o licitador descartado en un plazo que no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión, que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

Sobre la forma de notificación de estos contratos existen distintas posturas en la Jurisprudencia así la Sentencia del TSJ del Principado de Asturias 401/2006, de 27 de abril de 2006, (JUR 2006,131926) considera que el licitador de un contrato es parte interesada en el procedimiento de adjudicación en la forma establecida en el artículo 31 de la LRJ-PAC y que tiene derecho a que se le notifiquen las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses en la forma establecida en el artículo 58.1 de la LRJ-PAC. Sin embargo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2006, (JUR 2006, 202352) en relación con el artículo 50.4 de la Ley de Sectores Especiales, anterior a la modificación efectuada por la Ley 34 /2010, en relación con las notificaciones, considera que estos contratos tienen su propia regulación y no es aplicable la LRJ-PAC.

No obstante, el Tribunal considera en relación con las notificaciones que los contratos sometidos a la LCSE están informados por el principio de transparencia según el artículo 19 de esta Ley, consistiendo el objeto de la notificación en informar al licitador sobre los causas que han motivado su exclusión para que pueda ejercitar sus derechos ante la Administración o ante los Tribunales de Justicia y en este caso

para interponer la Reclamación a que se refieren los artículos 101 y siguientes de la citada Ley.

No obstante y en este contexto y con los antecedentes legislativos citados, se considera que en este caso el órgano de contratación en las notificaciones ha seguido el régimen especial establecido al respecto en la LCSE, por lo que no se puede apreciar vulneración de esta normativa especial, ni se advierte indefensión ya que el recurrente había sido excluido y la información sobre posibilidad de interponer reclamaciones en el procedimiento ante este Tribunal había sido efectuado en el anuncio de licitación publicado en DOUE y en BOCM . Por lo tanto no se aprecia la concurrencia de causa de nulidad basada en el apartado c) del artículo 109 de la LCSE.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de LCSE en relación con 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir la reclamación interpuesta por Don M.K. en representación de Mitsubishi Electric Europe BV sucursal en España, contra la adjudicación del contrato de suministro de 85 videoproyectores en régimen de alquiler, adecuación y compra de las carcasas protectoras de los videos proyectores Licitación número 6011100155 dividido en dos lotes de Metro de Madrid S.A., por haberse formalizado el contrato y no apreciar la existencia de causa de nulidad del artículo 109 de la LCSE.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.6 de la LCSE

Tercero.- 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 108 de la LCSE.