

Reclamación nº 172/2013

Resolución nº 173/2013

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2013.

VISTA la reclamación formulada por Don A.L.G. en nombre y representación de ALVAC S.A., contra la adjudicación del contrato “Servicios de mantenimiento y mejora de las zonas verdes existentes en el centro de ocio y deporte del tercer depósito y entorno” número de expediente 21/2013, del Canal de Isabel II Gestión S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 9, 12 y 18 de abril de 2013 se convocó respectivamente en el DOUE, BOE y BOCM procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios para el mantenimiento y mejora de las zonas verdes existentes en el centro de ocio y deporte del tercer depósito y entorno, de Canal de Isabel II Gestión S.A., con un importe neto de 1.361.395,08 euros, IVA excluido, y una duración de 4 años, y criterio único precio.

La licitación se somete de acuerdo con la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares, (PCAP), 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 (LSE).

El importe máximo de licitación se desglosaba en dos conceptos, importe del servicio de mantenimiento y mejora que asciende a 1.299.881,64 euros e importe de Seguridad y Salud en la cantidad de 61.513,44 euros, IVA excluido. Este último será un importe fijo que no se verá afectado por la baja de licitación.

A la licitación convocada se presentaron 28 empresas entre ellas la recurrente.

Una vez calificada la documentación administrativa presentada por las licitadoras, con fecha 7 de junio de 2013, se procedió en acto público a la apertura de las ofertas económicas, indicándose en el acta correspondiente que la empresa Pinus ofertaba 1.033.389,44 euros, sin IVA, y sin Seguridad y Salud. Posteriormente, el día 18 de junio se dirige una comunicación a todos los licitadores en la que se da cuenta de la existencia de un error material en la proposición de dicha empresa *“al establecer como importe total del servicio (IVA excluido) la cifra de 1.033.389,44 euros, cuando el importe total IVA excluido resultante de sumar los importes ofertados para los conceptos de “Coste de personal (sin IVA y sin Seguridad y Salud)”, “Suministros de Materiales (sin IVA y sin seguridad y salud)” y “Vehículos y maquinaria (sin IVA y sin Seguridad y Salud)”, asciende a 971.876 euros sin IVA y sin Seguridad y Salud”*.

Una vez abiertas las ofertas económicas se constata por la Mesa de contratación que algunas de ellas incurrían en presunción de temeridad, entre ellas la de la recurrente, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 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, se solicitó a

los licitadores que presentasen la justificación de la viabilidad de sus ofertas.

Una vez elaborado el correspondiente informe de valoración de las ofertas incursas en baja temeraria, la Mesa de contratación, en sesión del día 6 de septiembre de 2013, asumiendo las conclusiones del meritado informe acordó proponer la adjudicación del contrato a la empresa ISS Facility Services S.A., que fue firmada por el Presidente del Consejo de Canal de Isabel II Gestión S.A., el mismo día 6 de septiembre y rechazar la oferta de la recurrente. La notificación a los interesados en el procedimiento se produjo el día 20 de septiembre.

Segundo.- El día 7 de octubre se presentó, previo el anuncio del artículo 104.1 de la LSE, reclamación, contra la Orden de adjudicación ante este Tribunal, que la remitió al órgano de contratación y requirió el envío del correspondiente expediente y el informe a que se refiere el artículo 105.2 de la LSE, el mismo día. Con fecha 10 de octubre se ha recibido en el Tribunal el expediente administrativo y el informe preceptivo.

La recurrente solicita que se anule el acuerdo de adjudicación por considerar que la oferta de la empresa PINUS S.A., debería haber sido excluida de la licitación, puesto que no se incurrió error en la suma de los conceptos que integran el importe total del servicio, sino que incluyó un concepto en el "*Importe Total del Servicio*", que el PCAP señala expresamente que ha de quedar excluido de él, lo que hace inviable la oferta presentada, señalando que es evidente que dicha oferta económica no tuvo que ser tomada en consideración a la hora de determinar la oferta económica con el precio más bajo.

Por su parte el órgano de contratación en su informe defiende la actuación de la Mesa de contratación señalando que el error material cometido por PINUS S.A., consistente en consignar en su oferta como importe total del servicio una cantidad que contenía también el importe del Seguridad y Salud (importe fijo establecido en el

PCAP), no ha impedido al órgano de contratación conocer claramente, sin necesidad de aclaraciones adicionales, la propuesta económica ofertada, puntualizando que no ha existido ningún juicio valorativo por parte del órgano de contratación, puesto que éste teniendo en cuenta únicamente los importes establecidos en la propia oferta económica, ha podido determinar claramente cuál era el importe del servicio, sin tener en cuenta el importe del concepto “Seguridad y Salud”.

Tercero.- Con fecha 16 de octubre se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado el día 21 del mismo mes por la empresa Pinus S.A. un escrito, en el que manifiesta que no va a personarse en el procedimiento, ni hacer alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Canal de Isabel II Gestión S.A. es una empresa pública cuyo sector de actividad, la gestión del ciclo integral del agua, queda encuadrado en el marco 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 que a tenor del apartado 1 de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3, cuando se trate de las actividades a que se refiere su artículo 7.

Así consta en la cláusula 1 del PCAP, que señala en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato que *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto 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 y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación...”

Segundo.- Debe examinarse, en primer lugar, si concurre en la recurrente el requisito de legitimación para interponer recurso especial, en los términos del artículo 102 de la LSE “*podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*”, a la vista de las pretensiones hechas valer por la misma y los motivos en que se sustentan.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, 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 incorrecta admisión de la oferta de una de las licitadoras que finalmente no ha sido la adjudicataria, siendo así que la oferta de la recurrente fue rechazada al estar incurso en presunción de temeridad, sin que se haga ninguna manifestación al respecto.

Prima facie en nada afecta, o beneficia, la exclusión de una de las licitadoras que no fue adjudicataria del contrato a la ahora recurrente, ya que la exclusión de aquélla en una fase anterior del procedimiento en principio no evitaría que la adjudicación se efectuase a favor de la empresa ISS Facility Services S.A., por lo que desde esta consideración la recurrente carece de legitimación activa en relación con el objeto del recurso interpuesto.

Ahora bien, cabe hacer un examen ulterior, en aplicación del principio *favor acti*, puesto que aunque la recurrente no argumenta en tal sentido en su recurso, ni tampoco el órgano de contratación en su informe, cabe tener en cuenta el efecto que la exclusión de la oferta de la empresa Pinus S.A. pudo haber tenido en la consideración de la oferta de la recurrente como incurso en presunción de temeridad, dado que parece invocar de forma genérica tal posibilidad cuando señala que es *“evidente que dicha oferta económica no tuvo que ser tomada en consideración a la hora de determinar la oferta económica con el precio más bajo”*. En todo caso debe considerarse que cualquier pretensión en el sentido antes indicado no está claramente expuesta, ni siquiera hecha valer de forma somera y por ende ayuna de todo sustrato probatorio, de manera que la falta de prueba en este supuesto debe pechar sobre la propia recurrente.

No obstante lo anterior, a efectos de determinar la legitimación activa de la recurrente, debe tenerse en cuenta que el punto 8 del Anexo I del PCAP señala que se apreciará como proposición desproporcionada o anormalmente baja aquella que supere a la baja media de las ofertas presentadas en más de 5 puntos porcentuales calculados sobre el presupuesto máximo de licitación. Este Tribunal ha constatado que, de acuerdo con lo anterior, la oferta de la recurrente, estaba incurso en presunción de temeridad, tanto teniendo en cuenta la oferta de PINUS, como sin tenerla en consideración.

Por ello cabe concluir la falta de legitimación activa de la recurrente que ningún beneficio puede obtener de la exclusión de la oferta de PINUS del proceso de licitación y en tanto no alega nada respecto de la consideración de su propia oferta como incurso en temeridad, y ulterior exclusión de la misma por falta de justificación de su viabilidad.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LSE 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 A.L.G., en nombre y representación de ALVAC S.A., contra la adjudicación del contrato “Servicios de mantenimiento y mejora de las zonas verdes existentes en el centro de ocio y deporte del tercer depósito y entorno” número de expediente 21/2013, del Canal de Isabel II Gestión S.A., por falta de legitimación activa de la recurrente.

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 106.5 de la LSE.

Tercero.- Levantar la suspensión automática acordada por este Tribunal el día 16 de octubre 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 108 de la LSE.