

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

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don C.F.S., en nombre y representación de INFOBIBLIOTECAS, S.L., contra la Orden de fecha 17 de diciembre de 2012, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura por la que se declara desierto el contrato titulado “Suministro y distribución de novedades en distintos soportes con destino a las bibliotecas públicas y bibliobuses de la Comunidad de Madrid”, relativo al expediente de contratación 03-SU-9.4/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23, 7 y 3 de julio de 2012, se publicó respectivamente en el BOCM, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de "Suministro y distribución de novedades en distintos soportes con destino a las bibliotecas públicas y bibliobuses de la Comunidad de Madrid". 03-SU-9.4/2012, convocado por la Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 448.903,20 euros, IVA excluido y un único criterio de adjudicación, el del precio.

Este criterio precio a su vez se distribuía de la siguiente forma:

- Libros: 48 puntos
- Audiovisuales y material multimedia: 32 puntos
- Gastos de manipulado, transporte y elaboración e impresión de carteles: 20 puntos.

Interesa destacar la regulación que del carácter desproporcionado o anormal de las ofertas realiza el PCAP, en el punto 7 del Anexo I, señalando que “*Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

Se considerará que una oferta incurre en desproporción o anormalidad cuando de la aplicación independiente de los criterios anteriores a cada uno de los tres apartados del precio, lo sea en cualquiera de ellos.”

A la licitación convocada se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Una vez examinada la documentación administrativa, con fecha 14 de agosto de 2012, se procedió a la apertura de la documentación correspondiente a la oferta económica de las tres empresas que quedaban en la licitación, al haber sido excluidas dos de ellas por falta de acreditación de los requisitos de solvencia técnica exigida. En dicho acto la Mesa de contratación propone la adjudicación a la ahora recurrente, por importe de 238.680 euros para libros, 67.707,20 euros para material audiovisual, 7.012,80 para manipulado y cartelería, lo que supone un total de 311.400 euros, IVA excluido; con advertencia de que se examinarán las ofertas para determinar si alguna de ellas contiene valores desproporcionados o anormales.

Con fecha 16 de agosto se requiere a las licitadoras para que justifiquen los términos de sus ofertas, así como la viabilidad de ejecución satisfactoria del contrato, al presentar las ofertas valores anormales o desproporcionados, por superar todas las ofertas presentadas, el porcentaje de baja prevista para los apartados de materiales audiovisuales y manipulado, transporte y carteles. La recurrente presenta un escrito el día 27 de agosto, a tal efecto.

Con fecha 13 de diciembre de 2012, se realiza un informe por la Directora General del Libro sobre las justificaciones presentadas por las licitadoras, que concluye señalando que la oferta en libros de las tres empresas es válida y correcta, que la oferta para material audiovisual de la adjudicataria no está justificada adecuadamente por la recurrente, aunque sí por las otras dos licitadoras, pero que ninguna de las tres ofrece una justificación acorde a lo exigido en el artículo 152.3

del TRLCSP por lo que se refiere al transporte, manipulado y carteles, proponiéndose que se declare desierto el concurso.

Segundo.- A la vista de este informe la Mesa de contratación el día 13 de diciembre de 2012, acuerda elevar al órgano de contratación propuesta declarando desierta la adjudicación del contrato, dictándose la correspondiente Orden el día 17 de diciembre de 2012, cuya notificación fue remitida a la recurrente el día 28 de diciembre de 2012.

Tercero.- Frente a dicha Orden y previa la realización del anuncio previsto en 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), la empresa Infobibliotecas S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación el 16 de enero de 2013, ante a este Tribunal, que requirió al órgano de contratación ese mismo día para que remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se verificó el 21 de enero.

La recurrente solicita que se anule y deje sin efecto la Orden recurrida, que se declare justificada la proposición económica efectuada y que se continúe con el procedimiento de contratación, por considerar que se efectuó justificación suficiente de la viabilidad de la oferta presentada, no existiendo razones para su rechazo, añadiendo que dado que la Orden se basa en un informe de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y Archivos que no está reproducido en la notificación, la misma adolece de falta de motivación. Así mismo pone en conocimiento del Tribunal que dado lo perentorio del plazo para interponer el recurso, ha resultado imposible obtener una copia de dicho informe, por lo que solicita que se le de vista del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se remite al informe de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y Archivos de 13 de diciembre de 2012, en cuanto a la suficiencia de la justificación de la viabilidad de la oferta. Por lo que respecta a la falta de motivación señala, tras citar abundante jurisprudencia en torno a la cuestión de la motivación de los actos administrativos, que la actuación del órgano de contratación se ajusta a los criterios sentados en la misma, al indicar que el motivo del rechazo de las proposiciones es la insuficiente justificación de las ofertas de acuerdo con el informe emitido por la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y de Archivos de 13 de diciembre de 2012, que lógicamente debido a su extensión no se pudo reproducir literalmente en la Orden recurrida, pero se menciona expresamente en la misma, sin que la recurrente hubiera hecho uso del derecho de acceso al expediente que le confiere el artículo 35 de la LRJ-PAC. Para terminar niega categóricamente la imposibilidad aducida por la recurrente de obtener el meritado informe dentro del plazo para interponer el recurso, puesto que no se había pedido por escrito, explicando que una persona *“supuestamente en nombre de Infobibliotecas, se puso en contacto telefónicamente con esta área de contratación”* solicitando copia del informe, a la que se contestó que una vez que lo pidieran por escrito podrían acceder inmediatamente al expediente.

Cuarto.- Con fecha 22 de enero de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento, trámite de audiencia, habiéndose presentado sendos escritos por las dos empresas interesadas en el procedimiento, en los que manifiestan su intención de no presentar alegaciones y solicitan que se les notifique la resolución que pueda dictarse en el presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Segundo.- El recurso se ha interpuesto contra la Orden que desierta la licitación para un contrato de suministros, con un valor estimado de 448.903,20 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, y susceptible de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP. Debe examinarse si el acto impugnado, -esto es el la Orden por la que se declara desierta la licitación-, es susceptible de recurso especial dado que las declaraciones de procedimientos de licitación desiertos no se recogen expresamente entre los actos que el artículo 40.2 del TRLCSP enumera como recurribles.

A este respecto, y a la luz del principio favor acti, debemos señalar que si bien el acto expresamente recurrido es la indicada Orden por la que se declara desierta la licitación, lo cierto es que tal declaración no es sino la consecuencia necesaria, legalmente establecida, de la exclusión o rechazo de todas las ofertas de los licitadores. Efectivamente tal y como establece el artículo 151.3 TRLSP *“No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*. En relación con lo anterior, el artículo 22 g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP al regular las funciones de la Mesa de contratación previene que *“En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación”*. Por lo tanto la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible, siendo por tanto susceptible de recurso especial en virtud del artículo 40.2. b) del TRLCSP, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 35/2012, de 28 de marzo.

Tercero.- Respecto del plazo para el ejercicio de la acción como es sabido 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 151.4. (...), precepto que a su vez se refiere a la forma de notificar la adjudicación de los contratos.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 35/2012 antes citada, al tratarse el acto recurrido de un acto asimilable a la adjudicación en tanto en cuanto pone fin al procedimiento de contratación, a efectos de interposición del recurso, el día inicial del cómputo del plazo no se contempla en ninguno de los apartados del artículo 44.2 del TRLCSP, planteándose si debe acudir al sistema específico de las adjudicaciones o al sistema general previsto en la LRJ-PAC. Debe tenerse en cuenta que el establecimiento en la legislación contractual en relación con el recurso administrativo especial contra los actos de adjudicación, de un sistema de cómputo del plazo ajeno a nuestro tradicional criterio de la *actio nata*,- esto es que las acciones pueden ejercitarse solo a partir del conocimiento del acto contra el que se dirigen- encuentra su fundamento tal y como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, relativo al proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público en permitir *“garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el dies a quo.”*

Dado que en este caso, como es obvio, no procede la formalización del contrato, al no haber ofertas admisibles, es claro que la prevención establecida en el artículo 44.2 del TRLCSP, carece de fundamento, debiendo considerarse, en virtud del principio favor acti y del derecho de defensa, que en este caso rige el sistema general de cómputo del plazo, que comienza desde el día en que se recibió la notificación, en concreto el día 8 de enero de 2013, habiendo siendo presentado el recurso el día 16 del mismo mes y por tanto en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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) 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta declaración como desierta de la licitación convocada, por considerar que se efectuó justificación suficiente de la viabilidad de la oferta presentada, no existiendo razones para su rechazo y por falta de motivación de la orden recurrida.

Aunque no se discute en el presente recurso si las ofertas presentadas están o no incursas en presunción de temeridad, este Tribunal considera que debe realizarse una precisión respecto de la calificación efectuada de las ofertas como temerarias. Así, de acuerdo con el límite fijado en el PCAP, y en el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se considerará que las ofertas presentadas por las licitadoras y en concreto la recurrente, son anormales o desproporcionadas cuando superen los porcentajes en aquél establecido. Cuando el artículo 85 del RGLCAP establece los límites porcentuales a partir de los cuales puede considerarse que concurre temeridad en las ofertas, lo hace en relación, en su primer apartado para el caso de que exista un solo licitador, por referencia al presupuesto base de licitación, que es único, en este caso para todo el objeto del contrato, que por otro lado no aparece dividido en lotes. No obstante, como más arriba se ha recogido, el PCAP se aparta en este punto de lo establecido en el RGLCAP al añadir “*Se considerará que una oferta incurre en desproporción o anomalía cuando de la aplicación independiente de los criterios anteriores a cada uno de los tres apartados del precio, lo sea en cualquiera de ellos.*”

De acuerdo con lo establecido en el RGLCAP debe entenderse que cuando el término de comparación son los importes de las ofertas del resto de los licitadores,

debe aplicarse a la oferta total para todo el contrato con independencia del desglose de costes, específico para cada prestación.

En el caso que ahora nos ocupa, deben por tanto compararse las ofertas realizadas por los tres licitadores, pero no en cada uno de los conceptos sino en la totalidad del importe de licitación. Así la empresa FSM DISTRIBUCIÓN A BIBLIOTECAS oferta un total de 376.598,36 euros, la empresa Infobibliotecas S.L., un total de 334.037,46 euros y la empresa S.A DE DISTRIBUCIÓN Y LIBRERÍA por un total de 335.304,40 euros. Siendo por tanto la media aritmética de las ofertas presentadas la cantidad de 348.646,74 euros. De esta forma la oferta de la recurrente de 334.037,46 euros no alcanza la diferencia porcentual del 10% respecto de la media aritmética de las oferta presentadas. Por lo tanto si bien aplicando el PCAP dicha oferta sí estaría incurso en baja temeraria, lo cierto es que sin tener en cuenta la alteración que el mismo supone respecto del RGLCAP, ninguna de las tres ofertas presentadas estaría incurso en baja.

No obstante lo anterior, esta cuestión no ha sido hecha valer por la recurrente, ni por ninguno de los interesados, por lo que en virtud del principio de congruencia que debe verificarse en las Resoluciones dictadas por este Tribunal, de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP, y no apreciándose la concurrencia de ninguna causa de nulidad de pleno derecho en el PCAP, el mismo debe entenderse de aplicación a los licitadores, ninguno de los cuales lo recurrió.

Sexto.- Respecto de la falta de motivación de la Orden recurrida, este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, que el recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso precontractual, rápido y eficaz que tiende a impedir la formalización del contrato antes de su resolución expresa. Los plazos de interposición y resolución son breves, por lo que la notificación de la adjudicación debe contener la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, en su caso, recurso fundado contra la decisión de adjudicación.

En este sentido, debe advertirse que en la reforma de la LCSP operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha alterado el sistema de notificaciones previsto en el artículo 137 de la LCSP en cuanto que la información sobre los motivos de rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, se facilitaría por el órgano de contratación a los interesados, si lo solicitaban.

El vigente artículo 151.4 del TRLCSP regula el contenido de la notificación de adjudicación, a la que entendemos debe asimilarse la declaración de desierto del procedimiento, como más arriba se ha explicado. Así su subapartado c) establece:

“En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinante de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

Es decir, se establece la obligación de remitir a los licitadores la información que se permita determinar si ha existido o no una infracción para, en su caso, interponer el recurso. La forma en que ha de facilitarse la información relacionada en el citado artículo 151.4, en sus apartados a) y c) será “la *exposición resumida*” o “*también en forma resumida*”. Respecto del apartado c) relativo a la proposición del adjudicatario se omite tal calificativo “*resumido*” entendiendo que la información ha de considerarse suficiente cuando contenga las razones determinantes de la decisión.

En este caso, la motivación de la Orden recurrida es escueta, aunque en la misma se hace referencia concreta al informe de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y Archivos en que se fundamenta. Es cierto por otro lado que la recurrente intentó obtener dicho informe, si bien no en la forma exigible, por escrito y acreditando el interés y la representación de la persona solicitante, en el caso de personas jurídicas, en los términos del artículo 35 de la LRJ-PAC, como aduce el órgano de contratación, pero no lo es menos que dicho informe debería haber sido trasladado, o por lo menos reflejado su contenido, en la notificación de la Orden recurrida, en los términos de los preceptos antes recogidos.

Cabe concluir, que la información facilitada no se ajusta a lo dispuesto para las notificaciones de la adjudicación en el artículo 151.4 del TRLCSP, por lo que debe retrotraerse el procedimiento para notificar motivadamente las causas por las que se considera que las ofertas han sido calificadas de inviables, a efectos de que se pueda en su caso interponer recurso fundado contra la misma.

Séptimo.- Por otro lado la recurrente solicita, para evitar la indefensión en este proceso, que se le conceda trámite de audiencia ante este Tribunal, para consultar el expediente a fin de encontrar aquella información que no consta en la notificación y le pudiera servir de base para la argumentación del recurso, invoca para ello la aplicación supletoria de la LRJ-PAC por lo que al artículo 112 se refiere, regulador de la audiencia a los interesados.

Respecto de esta cuestión es preciso señalar que la regulación del recurso especial en el TRLCSP se caracteriza por su “especialidad” en su tramitación, no siendo posible entender a la vista de la regulación del procedimiento, ni siquiera sea supletoriamente, la concesión de un nuevo trámite como sería el de audiencia al recurrente, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos previstos y el carácter preclusivo del plazo de interposición al objeto de garantizar la eficacia y rapidez de su resolución. Procede en consecuencia rechazar la petición de concesión de

audiencia en el procedimiento del recurso, sin que por otro lado su rechazo se considere generador de indefensión en los términos más arriba indicados.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don C.F.S., en nombre y representación de INFOBIBLIOTECAS, S.L., contra la Orden de fecha 17 de diciembre de 2012, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura por la que se declara desierto el contrato titulado “Suministro y distribución de novedades en distintos soportes con destino a las bibliotecas públicas y bibliobuses de la Comunidad de Madrid”, relativo al expediente de contratación 03-SU-9.4/2012, con los efectos indicados en el fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

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.- 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.