

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.P.L., en nombre y representación de la mercantil Gruporaga S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 17 de enero de 2012, por el que se excluyen las ofertas presentadas por la recurrente a los siete lotes en que se divide el procedimiento de licitación del contrato de servicios de “Conservación y Mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario de la ciudad de Madrid”, 300/2011/01492, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de octubre de 2011 se publicó en el DOUE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de servicios de “Conservación y Mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario de la ciudad de Madrid”, dividido en siete lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 155.223.944,06 euros, IVA excluido, siendo el presupuesto base de licitación de 77.873.185,15 euros, IVA excluido y de 89.670.784,63 con IVA y con un plazo de duración de un año, prorrogable por otro, salvo en el Distrito de Salamanca.

El anuncio se insertó asimismo en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid el día 17 de octubre de 2011 y en el BOE del día 25 de octubre.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), establece como criterios de adjudicación, criterios no valorables en cifras o porcentajes, a los que asigna 30 puntos, y criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a los que asignar 70 puntos y en concreto dentro de ellos fija una puntuación máxima de 30 puntos para el criterio precio, de acuerdo con la fórmula que recoge

$$V_i = V_{\max} - \frac{V_{\max} \cdot (B_{\max} - B_i)}{B_{\max}} \cdot 3,5$$

Así mismo se previene respecto del precio que *“Se admite la posibilidad de presentación de ofertas que supongan bajas independientes y diferenciadas a los conceptos de precio de conservación, precio de limpieza y valoración de obras, servicio o suministro, tal como se refleja en el modelo de proposición económica que se recoge en el Anexo II.*

La baja que se considerará a efectos de la puntuación a obtener (Vi) en la proposición económica será la que resulta de comparar el precio total ofertado (suma de los conceptos de precio de conservación, precio de limpieza, y valoración de obra, servicio o suministro) con el precio total de licitación correspondiente a la suma de dichos conceptos.”

En el apartado 3 del Anexo I del PCAP se establece el presupuesto para cada lote, dividiendo además cada uno de ellos en dos partidas, la 210 para las prestaciones de conservación y la 227 para las de limpieza.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron veintiuna empresas entre ellas la recurrente.

Tras la apertura del sobre de documentación administrativa el día 15 de noviembre de 2011, y subsanados los defectos apreciados por la Mesa de Contratación, con fecha 21 de diciembre de 2011, se procede a la apertura de los sobres que contienen los criterios valorables en cifras o porcentajes, dándose asimismo cuenta en dicho acto de la puntuación obtenida por los licitadores de acuerdo con el informe de valoración efectuado por los servicios técnicos correspondientes. A resultas de dicha valoración la recurrente había quedado colocada en primer lugar en el lote 7; en segundo lugar en los lotes 1, 3, 4, 6, y en tercer lugar en los lotes 2 y 5.

En el acto de apertura y lectura de las ofertas relativas a los criterios valorables mediante fórmula, se da cuenta de las ofertas de las licitadoras a cada lote. De acuerdo con la oferta que obra en el expediente administrativo, para cada lote, la recurrente ofrece tomar a su cargo el servicio superando el presupuesto establecido en la partida presupuestaria 227 respecto del servicio de limpieza.

Así comparando los importes ofertados en euros por la recurrente con el presupuesto previsto en la indicada partida en materia de limpieza resulta:

LIMPIEZA	OFERTA GRUPORAGA	PRESUPUESTO BASE
LOTE 1	4.213.380,42	3.246.524,53
LOTE 2	5,292.764,31	4.003.671,17
LOTE 3	4.223.623,81	3.283.185,67
LOTE 4	5.615.825,94	4.010.847,98
LOTE 5	6.656.283,65	4.233.135,02
LOTE 6	2.403.088,65	1.779.528,64
LOTE 7	4.659.509,22	3.414.504,87

Con fecha 28 de diciembre de 2011 se reúne la Mesa de Contratación con el

objeto de estudiar la posible exclusión de la oferta de la empresa Gruporaga, al presentar la ofertas indicadas una baja económica respecto del precio de licitación, pero superando el desglose de precios, por lo que al servicio de limpieza se refiere, el importe presupuestado para tal concepto consignado en el PCAP, planteando que ante esta oferta en el supuesto de que las ofertas presentadas por el licitador resultaran una vez valoradas, como las económicamente más ventajosas, se produciría una insuficiencia de crédito en el concepto de limpieza, indicando expresamente que *“no puede desconocerse que los conceptos de conservación y limpieza están sujetos a unos tipos respectivos de IVA del 18% y del 8%; por lo que el incremento en la partida de limpieza en detrimento de la de conservación, podría constituir una actuación fraudulenta a efectos del IVA”*.

Ante la trascendencia de la decisión se decide solicitar informe a la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento, que lo emite con fecha 10 de enero de 2012, concluyendo: *“Las cuantías referidas a cada una de las prestaciones de conservación, valoración obra/suministro, y limpieza detalladas en el Pliego de Cláusulas Administrativas en el presupuesto desglosado de cada uno de los lotes cabe considerarlos como precios máximos de la Administración.*

Se considera viable la exclusión por la Mesa de Contratación de las proposiciones económicas presentadas por la empresa a los 7 lotes, en base a que una parte del desglose de su oferta excede del importe detallado en el PCAP, como precio de uno de los elementos que integran la oferta, aun cuando su oferta global no sea superior al presupuesto máximo de licitación establecido para la totalidad del objeto del contrato.”

El día 13 de enero de 2012, se reúne de nuevo la Mesa de Contratación y acuerda excluir las ofertas de la recurrente de la licitación en los siete lotes por superar en todas ellas el importe máximo presupuestado para el concepto de limpieza, siendo notificado este Acuerdo a la recurrente con fecha 17 de enero de 2012.

Tercero.- Frente a dicho Acuerdo la empresa Gruporaga S.A interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal mediante escrito fechado el día 3 de febrero de 2012, previo el anuncio previsto en 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), presentado el 23 de enero de 2012 ante el Ayuntamiento de Madrid.

El recurso presentado se fundamenta en la consideración de que las cláusulas del pliego son oscuras y susceptibles de diversas interpretaciones, lo que no puede perjudicar a la parte que no es autora de las mismas, y que en realidad la oferta realizada no ha superado el presupuesto base de licitación, que es uno para cada lote, sin divisiones en función de la prestación concreta a realizar, señalando que si bien se ha rebasado la cantidad consignada como presupuesto de limpieza, la oferta no rebasa la totalidad del presupuesto establecido para cada lote. Abunda además en la incorrección de la exclusión de la oferta al considerar que el sistema de determinación del presupuesto es a tanto alzado, no siendo en consecuencia posible la disociación de los componentes de la prestación a efectos de su valoración económica. Todo ello para concluir que la interpretación seguida por la Mesa de Contratación es contraria a los principios pro actione y de concurrencia competitiva y que implica desviación de poder como lo demuestra la circunstancia de haberse solicitado la justificación de las ofertas incursas en baja, con anterioridad a la exclusión de la oferta de Gruporaga S.A.

Por último se aduce falta de motivación en la resolución de exclusión al no habersele dado traslado del informe de la Dirección General de de Contratación del Ayuntamiento, lo que a su juicio implica indefensión al desconocerse el razonamiento discursivo que da lugar a la resolución impugnada.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, afirma que no existe tal oscuridad en las cláusulas

del pliego, como lo demuestra que el resto de licitadores hayan presentado correctamente las ofertas, y que en todo caso el recurrente no hizo uso de la posibilidad de aclaración prevista en la normativa de contratación.

Se indica además en tal informe que el importe total del presupuesto (máximo estimado) es el resultado de la suma de los presupuestos parciales fijados para cada uno de los tres conceptos, procediendo la atribución a cada uno de ellos del carácter de máximo, añadiendo que no puede pretenderse la independencia de los conceptos de crédito o partida presupuestaria del de presupuesto base de licitación ya que son las consignaciones presupuestarias las que determinan el presupuesto base de licitación y que el exceso de la oferta respecto de cada una de ellas implicaría la imposibilidad de pago de las prestaciones contratadas en tal caso.

Por último, en dicho informe se alega que no se ha producido desviación de poder, como afirma la recurrente, ni se han vulnerado los principios pro actione y de concurrencia competitiva, ni se produce falta de motivación en acuerdo de exclusión recurrido.

Cuarto.- Con fecha 8 de febrero de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, presentándose alegaciones por las empresas Valoriza Servicios Medioambientales S.A. CESPÁ COMPAÑÍA Española de Servicios Auxiliares S.A, FCC Construcción S.A, la UTE Urbaser IMESAPI, Alfonso Benítez S.A y Mantenimiento de infraestructuras S.A.

Todos ellos manifiestan que los términos de los pliegos eran suficientemente claros como para presentar la oferta y con distintos argumentos, consideran que la exclusión de la oferta de la recurrente al exceder el presupuesto previsto para la limpieza, es ajustada a derecho.

Además la empresa CESPÁ realiza un estudio de la incidencia económica del trasvase de precios de una partida a otra en función del diferente tipo de IVA

aplicable a los conceptos de limpieza y conservación, para concluir que la oferta de la recurrente modifica las condiciones de la contratación y que su admisión vulneraría el principio de igualdad entre los licitadores, manifestación que se recoge asimismo en las alegaciones de la UTE Urbaser IMESAP que además pone de manifiesto que la admisión de la oferta de la recurrente vulneraría el principio de suficiencia de crédito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, 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”*.

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, 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 158. (...)”*.

En el presente caso, consta que el Acuerdo por el que se excluye a la empresa Gruporaga .S.A., objeto del presente recurso le fue notificado el día 17 de enero de 2012, realizándose el anuncio de interposición del recurso el día 23 del mismo mes, e interponiéndose el mismo ante este Tribunal el día 3 de febrero de 2012, por lo tanto dentro del plazo establecido para ello.

Tercero.- Debe señalarse que aunque en el recurso consta como fecha del acto

recurrido la de 17 de enero de 2012, tal fecha es la de su notificación, siendo el acto recurrido el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 13 de enero de 2012, por el que se excluyen las ofertas presentadas por la recurrente a los siete lotes en que se divide el contrato de servicios de “Conservación y Mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario de la ciudad de Madrid”, con un valor estimado de 155.223.944,06 euros IVA excluido, por tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40. 1. a) y 2.b), en relación con el artículo 16.1 b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son varios los reproches concretos que realiza la recurrente en relación con la exclusión de su oferta del procedimiento de contratación.

En primer lugar se aduce por la recurrente que los pliegos por los que ha de regirse el contrato presentan apartados oscuros y susceptibles de diversas interpretaciones, y que la oscuridad de sus cláusulas no puede amparar la exclusión de su oferta, citando para ello la Resolución 56/2011, de 19 de septiembre, de este Tribunal.

En apoyo de tal afirmación trae a colación tanto la petición de informe de la Mesa de Contratación a la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento de Madrid, en cuanto manifiestan la existencia de dudas a la hora de aplicar los pliegos, como el propio informe de la Dirección General del que destaca la siguiente afirmación: *“De lo hasta aquí expuesto sobre el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato objeto de consulta, cabe señalar en primer lugar, las incoherencias que existen en el PCAP, en la determinación del presupuesto y precio del contrato, ya que por un lado se establece como sistema de*

determinación del presupuesto el tanto alzado y valora como criterio de adjudicación el importe total ofertado para el lote en cuestión y sin embargo, en el régimen de pagos y en el modelo de proposición económica resulta relevante los importes ofertados en cada uno de los conceptos desglosados, permitiendo los pliegos realizar bajas independientes para cada una de ellas y efectuándose el pago en función del importe ofertado en cada una de ellos, lo que dificulta el análisis de la cuestión planteada”

Por su parte el órgano de contratación considera no puede en este momento alegarse oscuridad en las cláusulas del Pliego puesto que la recurrente no ha solicitado aclaración del mismo, ni lo ha impugnado, por lo que queda vinculado por él, poniendo además de relieve que otros veinte licitadores han presentado ofertas sin problema alguno, argumento este último esgrimido asimismo por los interesados que han presentado alegaciones.

Debe tenerse en cuenta que, como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009) debiendo considerarse parte integrante del contrato tal y como señala el artículo 115.3 del TRLCSP.

Por otro lado, en relación con las cláusulas oscuras en los pliegos, debe partirse de que cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, tal y como entre otras previenen la Sentencias del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, cuando señala *“En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: “las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la*

parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

El mismo hecho de que por la Mesa de Contratación se solicitara informe a la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento de Madrid es indicativo de que había una duda jurídica en relación con la aplicación de los pliegos, y la forma en que se expresa esta última puede inducir a considerar la existencia de la alegada oscuridad, pero este Tribunal entiende que ello no implica necesariamente que la misma se haya producido, sino que para ello es preciso el examen de los pliegos. Además debe considerarse si la eventual oscuridad incide directamente en el posible error en la oferta presentada.

El PCAP que rige la contratación, establece como sistema de determinación del precio, entre los previstos en el artículo 302 TRLCSP, el de tanto alzado, operando dicho sistema en cada uno de los lotes a licitar. En este punto no existe duda ni controversia alguna en la redacción de los pliegos. Ahora bien, dentro de cada lote se diferencian dos subconceptos, como consecuencia de la asignación presupuestaria de cada una de las prestaciones del contrato a diferentes partidas,- la 210 para las prestaciones de conservación y la 227 para las de limpieza.-, introduciéndose en el PCAP la siguiente previsión que *"Se admite la posibilidad de presentación de ofertas que supongan bajas independientes y diferenciadas a los conceptos de precio de conservación, precio de limpieza y valoración de obras, servicio o suministro, tal como se refleja en el modelo de proposición económica que se recoge en el Anexo II."*

Respecto de esta redacción cabe señalar que, en primer lugar refuerza la idea de que la oferta debe respetar el importe máximo estimado para cada lote y no por conceptos,- ya que en otro caso no hubiera sido necesario mencionar la posibilidad de baja por conceptos,- y en segundo lugar que lo que permite es rebajar el precio (*“que supongan bajas independientes”*), por concepto pero no aumentarlo, que es lo que ha hecho la recurrente.

A la vista de lo anterior este Tribunal considera que la literalidad de la cláusula que solo permite bajas y que es el origen del error padecido, no ofrece dudas de interpretación ni oscuridad que justifiquen la anulación del acuerdo de la Mesa de Contratación.

Por otro lado, como bien dice el órgano de contratación la recurrente no hizo uso en ningún momento de la posibilidad de solicitar aclaración sobre los aspectos que pudiera considerar dudosos en relación con la presentación de ofertas, lo que teniendo en cuenta que la empresa recurrente tiene sobrada y conocida experiencia en el ámbito de la contratación pública, puede llevarnos a considerar que no se produjo la oscuridad pretendida en el pliego, lo que unido al hecho de que el resto de las licitadoras presentaron su oferta correctamente y alguna de las cuales ha manifestado expresamente que los términos del pliego eran claros y no ofrecían dudas de interpretación, en el trámite de alegaciones, solo puede llevar a este Tribunal a concluir que no se produjo la oscuridad en los términos del pliego que invoca la recurrente.

Sexto.- Sentado lo anterior debe examinarse si la decisión de la Mesa de Contratación es ajustada a derecho.

El Presupuesto base de licitación aparece regulado en cuanto a su contenido en el artículo 131 del Reglamento de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, debiendo fijarse en la fase de preparación del contrato

con el objeto de servir de base para la celebración de la licitación pública, de manera que constituye el importe delimitador de las obligaciones a contraer por el órgano de contratación. De ahí que, con carácter general, el exceso de la oferta respecto del límite establecido por el órgano de contratación determine su exclusión.

Por otro lado las distintas partidas presupuestarias en que se consigna el gasto limitado por tal presupuesto, son elementos internos de la contabilidad y de los presupuestos de la Administración, que sin perjuicio de su íntima conexión con dicho presupuesto base, no tienen trascendencia desde el punto de vista del procedimiento administrativo de contratación, por lo que sus cuantías no vinculan la oferta de los licitadores.

En este caso por tanto, la única vinculación en cuanto al límite cuantitativo de la oferta se refiere, es el presupuesto base de licitación, que en el apartado 3 del Anexo I del PCAP se establece para cada lote. De manera que el concepto presupuesto base de licitación debe entenderse referido exclusivamente al concepto lote, sin que quepa entenderlo desglosado en función de los distintos conceptos incluidos en cada uno de ellos.

Ahora bien, sentado lo anterior, debe considerarse cuál pueda ser el alcance de lo dispuesto en relación con la posibilidad de baja por partidas prevista en el mismo apartado 3 del Anexo I del PCAP, cuando señala que *“Se admite la posibilidad de presentación de ofertas que supongan bajas independientes y diferenciadas a los conceptos de precio de conservación, precio de limpieza y valoración de obras, servicio o suministro, tal como se refleja en el modelo de proposición económica que se recoge en el Anexo II.”*

La aplicación supletoria de las normas del Código Civil, invocada por la recurrente para apreciar los efectos de la oscuridad de las cláusulas del pliego invocada, resulta también aplicable a los criterios interpretativos de los mismos y en concreto a lo dispuesto en su artículo 1.281 que establece que si los términos del

contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, (sentencias del Tribunal Supremo de 19 marzo de 2001, de 8 junio de 1984 o de 13 mayo de 1982).

De la literalidad del precepto resulta claro que las ofertas a realizar por los licitadores debían referirse al presupuesto total establecido para cada lote, y además venir referidas a los conceptos diferenciados en que se desglosa cada lote a efectos presupuestarios, pero no permitiendo incrementos en el precio propuesto, sino únicamente bajas. De manera que como más arriba hemos señalado no existiendo dudas en cuanto a la única posibilidad que ofrece el pliego de desglosar la baja total del lote, respecto de cada concepto, la oferta de la recurrente en cuanto incluye un alza en uno de los conceptos, no se ajustaba al contenido del pliego.

Debemos aquí discrepar expresamente de lo alegado por el recurrente cuando señala en relación con el apartado antes transcrito, *“pero no se exige que esa baja afecte a ambos conceptos; ni tampoco se impide que exista una baja en uno de los conceptos pero se eleve la oferta del otro concepto en relación a la presupuestación contenida en la asignación de la partida correspondiente”*, ya que si bien su primer planteamiento es correcto,- la baja puede afectar a uno solo o a dos conceptos,- insistimos la literalidad del pliego no permite elevar la oferta por encima del presupuesto de cada partida.

Este incumplimiento en cuanto a la cuantía de la oferta, permite como hizo la Mesa de Contratación excluir la oferta de la recurrente a los siete lotes ofertados.

A la vista de lo anterior no puede acogerse tampoco la pretensión esgrimida por la recurrente de que la decisión de la Mesa vulnera los principios de libre concurrencia y pro actione, (sin perjuicio que el ámbito de actuación de este principio no es el de la contratación administrativa), sino que responde al cumplimiento de lo previsto por la Ley en cuanto a la vinculación de los licitadores por los pliegos de cláusulas administrativas. Es más en el supuesto de que se admitiera la oferta de la

recurrente a pesar de no cumplir lo dispuesto en los pliegos, se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato respecto del resto de los licitadores, que se han atendido a las exigencias del PCAP.

Séptimo.- Respecto de la alegación a la falta de motivación de la exclusión de la recurrente al no incorporarse el informe de la Dirección General.

En este caso la Resolución de exclusión notificada a los licitadores explica cuál es el motivo por el que la misma se produce, en los siguientes términos: *“EXCLUIR las ofertas presentadas por la empresa GRUPORAGA S.A (cif ...) a los siete lotes en que se divide el procedimiento abierto para la contratación del servicio (...) por cuanto que se ha superado en todas ellas el importe máximo presupuestado para el concepto de limpieza y en consecuencia, el presupuesto base de licitación para este concepto; todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 84 del RD 1098/2011 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y de acuerdo con los artículos 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, 3,13, y 20.2.2 del anexo I y anexo II a dicho pliego.”*

Aunque el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no exige la motivación de las causas de exclusión de los licitadores de modo autónomo respecto de la notificación de la adjudicación, es deseable que cuando la exclusión se notifica de forma independiente respecto del acto final de adjudicación del contrato como es el caso, la notificación observe los mismos requisitos que se establecen con carácter general en el artículo 151.4 del TRLCSP, en cuanto al regular la notificación de la adjudicación obliga a que contenga la información necesaria que permita al licitador descartado interponer el recurso especial en materia de contratación cuando previene que *“(..). La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:*

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

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

Debe observarse que respecto de la exclusión de los licitadores solo se exige que expliciten en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta.

Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, (Vid Resoluciones 13/2011, de 1 de junio; 16/2011, de 15 de junio; 34/2011, de 7 de julio; 35/2011, de 13 de julio; 45/2011, de 28 de julio; 52/2011, de 15 de septiembre; y 57/2011 y 58/2011 de de 22 de septiembre), con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, como elemento necesario para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

En este sentido cabe también citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 28 de enero de 2010, (As C406/08 Uniplex). “30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso.

Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato.”

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

En el caso que nos ocupa, es claro que no es preciso trasladar a los afectados como pretende la recurrente los informes que sustentan la decisión de la Mesa de Contratación, dado que se han explicado de forma suficiente los motivos de la exclusión con expresión de la normativa que la ampara.

A mayor abundamiento como reconoce la propia recurrente, y consta en el expediente administrativo, la misma tuvo acceso al informe indicado, que le fue puesto de manifiesto por el órgano de contratación, lo que le ha permitido alegar las causas de nulidad que considera que concurren en el acto de la Mesa de Contratación, por lo que es obvio que conocía no solo las razones de su exclusión, sino también los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la misma, enervando así la eventual indefensión provocada por la, a su juicio, incorrecta notificación del acto recurrido.

Octavo.- Considera la recurrente que se ha producido desviación de poder en la actuación de la Mesa de Contratación, cuyo acuerdo excluyendo a la recurrente estaba predeterminado antes de su adopción, lo que pretende acreditar poniendo de relieve que antes de tal decisión que tuvo lugar el día 17 de enero de 2012, la Mesa requirió a los licitadores para que justificaran las mejoras que ofertaban en los distintos lotes, a efectos de determinar si incurrían en temeridad.

Por su parte el órgano de contratación explica que se produjeron dos solicitudes de justificación de las bajas ofertadas, una el día 30 de diciembre de 2011, para aquellas empresas incursas en temeridad con independencia de la decisión que se aportara sobre la admisión o exclusión de la recurrente y otra cursada el 17 de enero de 2012, para las empresas incursas en temeridad como consecuencia del acuerdo de exclusión impugnado.

Como es sabido la desviación de poder contemplada como causa de anulabilidad de los actos administrativos en el artículo 63 de la LRJ-PAC, consiste en la utilización de potestades administrativas para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico, lo que coonestado con las alegaciones de la recurrente implicaría que el órgano de contratación pretendía apartar a la recurrente de la licitación, para lo que Mesa adoptó la decisión objeto del presente recurso. Aunque como bien señala la recurrente la exigencia en torno a la prueba de la existencia de desviación de poder ha sido rebajada por parte de los tribunales, lo cierto es que es que no son suficientes a tal efecto las meras conjeturas o sospechas, y aunque no puede exigirse una prueba plena, sí al menos un principio de prueba que permita al Tribunal tener por cierto que la Administración pretendía excluir a la recurrente de la licitación por motivos ajenos al mero cumplimiento de la legalidad contractual.

Examinado el expediente administrativo, se comprueba que efectivamente, como aduce el órgano de contratación en su informe, la solicitud de justificación de las ofertas incursas en baja temeraria, se produce en dos momentos distintos, en un primer lugar el día 30 de diciembre, en que solo se solicita justificación a algunas

empresas respecto de cada lote, -así por ejemplo para el lote 1 solo se solicita a dos empresas, o a una sola para el lote 3,- mientras que en la notificación del acto de exclusión de la recurrente del día 17 de enero de 2012, se pide dicha justificación a todas las licitadoras como consecuencia de la decisión de exclusión recurrida, que alteraba las medias de las ofertas presentadas.

Resulta claro que la primera solicitud de justificación se realiza con independencia de la situación de la recurrente y que no se tiene en cuenta su posible exclusión en tal momento, como pretende la recurrente, puesto que tal solicitud no se dirige a todos los licitadores, ni es uniforme en cada lote.

Por todo lo anterior este Tribunal no considera acreditada siquiera sea indiciariamente la existencia de desviación de poder en la actuación del órgano de contratación.

Noveno.- Este Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre la cuestión atinente al carácter fraudulento de la oferta en relación con el IVA soportado y repercutido en cada partida, sin que ello vulnere en modo alguno el principio de congruencia que debe presidir sus resoluciones de conformidad con el artículo 47.2 del TRLCSP, puesto que la recurrente en el mismo texto del recurso, reconoce que su argumentación al respecto no afecta en puridad al resultado de su recurso, que parece que plantea a los solos efectos de que se aclare que *“no existe ninguna actuación fraudulenta por su parte, sino una permanente y continuada relación con las Administraciones en la satisfacción del interés público.”*

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.P.L., en nombre y representación de la mercantil Gruporaga S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 13 de enero de 2012, por el que se excluyen las ofertas presentadas por la recurrente a los siete lotes en que se divide el procedimiento de licitación del contrato de servicios de “Conservación y Mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario de la ciudad de Madrid”.

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.