

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

En Madrid, a 4 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.C., en nombre y representación del Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., contra la Resolución 42/2018 de 14 de febrero, dictada por el Consejero Delegado de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, por la que declara la procedencia de la iniciación de los trámites oportunos para la incautación de la garantía provisional correspondiente al contrato “Desarrollo y mantenimiento del sistema integral de empleo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: ECON/000088/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 17 de agosto de 2017 se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 21 de agosto de 2017 en el BOCM, anuncio por el que se hace pública la licitación al contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 6.008.118,66 euros.

De acuerdo con el apartado 5 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Jurídicas (PCJ) se establece como sub-criterio de adjudicación del contrato valorable mediante fórmula la oferta de mejoras en el número de horas del servicio de diseño funcional y diseño técnico avanzado - Consultor CRM Senior, a las que se asignan hasta 3 puntos, estableciéndose el umbral de temeridad por referencia a este sub-criterio del siguiente modo *“Para el presente sub-criterio, se tomará en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados el siguiente límite: toda proposición cuyo número de horas adicionales exceda en veinticinco unidades porcentuales, por lo menos, a la media aritmética de horas adicionales de todas las proposiciones presentadas”*.

Segundo.- A la licitación convocada concurren cinco empresas entre ellas la recurrente.

En fecha 31 de octubre de 2017, se reunió la Mesa de contratación de la Agencia para proceder a la apertura en acto público de las proposiciones económicas presentadas en la licitación del contrato citado, así como del sobre número 2-B, resultando tal y como consta en el acta correspondiente a dicho acto, que el número de horas adicionales ofertado por la recurrente excedía en veinticinco unidades porcentuales, a la media aritmética de horas adicionales de todas las proposiciones presentadas.

La oferta de horas adicionales presentada por Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., asciende a 800 horas; siendo la media de las horas adicionales ofertadas 528,6 horas.

Con fecha 3 de noviembre de 2017, se efectuó requerimiento a la recurrente para que justificara por escrito la valoración de la oferta y precisara las condiciones de la misma, advirtiéndole en dicho requerimiento que la falta de contestación al mismo tendría la consideración de retirada injustificada de la proposición.

La Mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de noviembre de 2017, hizo constar que la empresa Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., no había presentado ningún escrito para la justificación de su oferta, en contestación al requerimiento enviado en fecha 3 de noviembre de 2017 y del que se tiene constancia en la misma fecha de su acuse de recibo por parte de don R.P.J., Director Sector Público Zona Centro de dicha mercantil. En consecuencia, acordó excluirla considerando que la falta de contestación al requerimiento efectuado supone la retirada injustificada de la proposición.

Por último con fecha 5 de febrero de 2018, el Consejero Delegado de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid dictó la Resolución 32/2018 por la que se adjudica el contrato de referencia a la empresa Everis Spain, S.L.U., lo que se publicó en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el 6 de febrero. En la misma fecha se remitió la notificación de la resolución de adjudicación a todos los licitadores. Consta en el expediente que el 28 de febrero de 2018 se formalizó el contrato.

El 14 de febrero de 2018, el Consejero Delegado de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, dictó Resolución por la que se autoriza la devolución de la garantía provisional constituida por los licitadores y la iniciación de los trámites oportunos para la incautación de la garantía provisional constituida por Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., indicando expresamente que contra la misma puede interponerse recurso especial en materia de contratación.

Tercero.- Con fecha 7 de marzo de 2018, Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., presentó recurso especial en materia de contratación, contra la indicada Resolución, apelando, en síntesis a la confianza en la viabilidad de su oferta y al principio de proporcionalidad, en los términos que se expondrán al examinar el fondo del recurso.

El 9 de marzo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, en él solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Procede examinar en primer lugar si el acto objeto del recurso es susceptible de recurso especial y por ende si este Tribunal es competente para su resolución. El artículo 40.2 del TRLCSP, no contempla específicamente en ninguno de sus apartados la incautación de la fianza como acto recurrible de forma específica. Siendo claro que no puede incardinarse ni en los supuestos de su apartado a) (Pliegos y demás documentos contractuales) o c) (adjudicación) cabría plantear si se trata de un acto de trámite de los recogidos en su letra b) *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 284/2013, de 27 de junio y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y así mismo este TACPCM en sus Resoluciones 6/2015, de 14 de enero y 272/2017, de 11 de octubre, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de

trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber sido licitadora del procedimiento y manifestar su interés en la anulación de una Resolución que le produce el evidente perjuicio de pérdida de la garantía provisional depositada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el artículo 44.2 del TRLCSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de la adjudicación: *“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”*.

En este caso la Resolución objeto del contrato se dictó el día 14 de febrero de 2018, siendo notificado en esa misma fecha, por lo que el recurso interpuesto el día 7 de marzo, se interpuso en plazo.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste como único motivo se fundamenta en la improcedencia de la incautación de la garantía provisional derivada de la retirada injustificada de su oferta.

En primer lugar aduce la recurrente que la resolución del recurso ha de dictarse teniendo en cuenta el marco de confianza en que se desenvuelven las

relaciones con la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, de la que según afirma es proveedora habitual de servicios, lo que le ha llevado a ser especialmente cuidadosa en la presentación de su oferta con el fin de no incorporar valores que pudieran ser considerados anormales o desproporcionados. Incorpora para acreditar tal extremo un cuadro con las ofertas valorables respecto de cada criterio, indicando respecto del subcriterio en el que incurrió en presunción de temeridad que la oferta de GFI (800 horas) está por encima de la media (cifrada en 529 horas) y por debajo del licitador que presentó un mayor valor en este criterio (1.000 horas), concluyendo que la oferta no es anormal en su conjunto teniendo en cuenta su modelo de costes y la experiencia en la prestación de servicios similares, si bien reconoce la procedencia del requerimiento de justificación al señalar *“entendemos en todo caso, que la fórmula establecida para cada uno de los subcriterios haya requerido la solicitud de justificación a cualquier licitador que incurriera, según las fórmulas establecidas, en situación de desproporción, motivo por el cual se requirió a GFI la justificación del subcriterio 2.6”*. En esta línea de aceptación reconoce asimismo que este requerimiento fue recibido el día 3 de noviembre, si bien no pudo ser atendido *“por circunstancias personales de la persona responsable en GFI, pero en ningún caso, mediando dolo ni mala fe”*.

Considera también que debe tenerse en cuenta que en otro expediente de contratación (ECON/000363/2016, Consultoría Funcional especializada para la definición del Sistema Integral de Empleo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid), se produjo una circunstancia similar a la actual si bien en dicho expediente no se tomó la decisión de incautación de la garantía provisional, lo que invoca a efectos comparativos, solicitando en aras de los principios de equidad y justicia que en su caso se aplique el principio de subjetividad ante circunstancias especiales.

Señala el órgano de contratación a este último respecto que se trata de situaciones diferentes puesto que *“En dicho expediente el plazo otorgado para presentar la justificación de la oferta vencía el 13 de junio de 2017 a las 14:00 horas.*

El día 14 de junio a las 11:30 horas la Mesa acordó la exclusión del licitador al no haber aportado la justificación que se solicitaba. A las 13:40 horas de ese mismo día 14 de junio el licitador presentó en el Registro de la Agencia un sobre que indicaba que contenía dicha justificación. Si bien es cierto que la presentación se efectuó una vez que la Mesa había acordado la exclusión, dicho licitador en el momento de la presentación no tenía aún constancia de la misma. De su actuación se deducía que no existió una retirada de oferta”.

Debe señalarse en primer lugar que si bien los principios de proporcionalidad y máxima concurrencia, así como la buena fe y la confianza que debe presidir las relaciones de los poderes adjudicadores con los operadores económicos, pueden estar presentes a la hora de resolver los recursos que puedan plantearse en relación con los actos que se dicten en los procedimientos de licitación, lo cierto es que antes que nada debe primar la aplicación efectiva de la Ley, y solo cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que permitan atemperar, que no inaplicar la misma, cabría atender a tales principios. Sin perjuicio de los argumentos de fondo sobre la procedencia de la incautación en principio cabe señalar que en este caso la confianza y el buen hacer en contratos anteriores, no permite, sin más, dejar sin efecto una medida establecida en la Ley, sin que por otra parte se hayan acreditado circunstancias que pudieran haber hecho excepcionalmente gravoso o complicado atender al requerimiento efectuado, más allá de la genérica afirmación de que la falta de atención se debió a motivos personales del representante de la licitadora.

En cuanto a la posible consideración del principio de igualdad respecto del tratamiento de la no atención a un requerimiento semejante en otro expediente de contratación invocado por la reclamante, debe partirse de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Así para que pueda entenderse vulnerado el principio de igualdad el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de octubre de 2002, dictada en el recurso de casación 6786/1998, recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, señalando en primer lugar que *“La vulneración del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley requiere la*

presencia de presupuestos esenciales, como son la aportación de un estricto término de comparación que acredite la igualdad de supuestos y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria o en otras palabras, que el trato diverso carezca de una justificación objetiva y razonable, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional en sentencias 62/1987, 9/1989 y 68/1989, entre otras". En el mismo sentido la STS de 27 de mayo de 2009.

En el supuesto que nos ocupa, no se dan los anteriores requisitos puesto que en primer lugar la igualdad de supuestos no se produce, como tampoco la falta de justificación del trato diverso. En el caso que la recurrente invoca como término de comparación no se dan las mismas circunstancias que en el que actualmente nos ocupa, puesto que el licitador sí que presentó la correspondiente documentación, si bien fuera de plazo, siendo su conducta activa, frente a la aparente pasividad del recurrente. A ello cabe añadir que no es papel de los tribunales de recursos contractuales juzgar las actuaciones de los órganos de contratación en expedientes de licitación que no han sido recurridos, pero sí la defensa de la legalidad en aquellos que se someten a su conocimiento, habiendo señalado en supuestos similares al que nos ocupa que la salvaguarda de los principios que deben regir la licitación no permite la vulneración de la Ley, a lo que aún podemos añadir que el principio de igualdad, -no ya el establecido en el artículo 14 de la CE- sino en el artículo 1 del TRLCSP, se desenvuelve en el seno de cada una de las licitaciones, y no implica un término de comparación entre distintos procedimientos de licitación. Así resulta de la propia dicción literal del precepto cuando se refiere a la *"no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos"*.

Sentado lo anterior, cabe señalar que el artículo 103.1 del TRLCSP permite la constitución de una garantía con carácter potestativo que responda del mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del mismo, señalando expresamente que *"Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2"*, esto es de atender al requerimiento de aportación de

documentación a la oferta mejor clasificada, en el plazo señalado. En caso contrario se entenderá que el licitador ha retirado su oferta. La misma conclusión debe aplicarse a cualquier otro incumplimiento de requerimiento de aportación de documentación necesaria para adjudicar el contrato, como es el caso de las ofertas incursas en presunción de temeridad, cuando además se advierta de esta circunstancia en el requerimiento. Pero es que además, el artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece como supuesto en que debe entenderse que se ha producido una retirada injustificada de la oferta *“(...) la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley”* (correspondiente con el artículo 152.3 del TRLCSP).

Esta posibilidad además queda corroborada en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/2016, de 27 de abril, que considera que el indicado precepto se encuentra vigente y que afirma que *“la consecuencia de que se concluya que la falta de contestación al trámite concedido al licitador sea considerada como una retirada injustificada de la oferta es la que el propio precepto reglamentario establece, esto es, la ejecución de la garantía provisional si es que existe (...)”*.

A ello cabe añadir que, de acuerdo con el artículo 103.4 del TRLCSP, *“La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación”*.

El elemento por tanto que determina la posibilidad de retirar la oferta sin que ello lleve consigo la incautación de la garantía provisional retenida es que dicha retirada se encuentre justificada, justificación que por otro lado tal y como se plantea

en el TRLCSP no exige un examen de culpabilidad o mala fe, como aduce la recurrente, pero que sí precisa del análisis de la razonabilidad de la renuncia a la vista del contenido de los Pliegos y de los hitos del procedimiento de licitación.

A juicio de este Tribunal la retirada de la oferta no se encuentra justificada, teniendo en cuenta que en su momento no se ofreció ninguna explicación, ni se solicitó ampliación del plazo para presentar la documentación o se objetó a su consideración como retirada injustificada de la oferta a la vista del requerimiento, por lo que la incautación de la garantía es ajustada a derecho.

También aduce la recurrente *“la importancia de la transposición de las directivas del Parlamento Europeo, y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero 2014”*, que considera aplicables directamente en virtud del efecto directo en defecto de transposición, en concreto en relación con la exención generalizada de la prestación de la garantía. De manera que considera que la resolución impugnada atenta contra el espíritu de aquellas.

Debe señalarse en primer lugar que no es preciso acudir a la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE que no contempla específicamente la posibilidad de que los Estados miembros soliciten una garantía para responder de la seriedad de las proposiciones, ya que el carácter potestativo de la solicitud de la garantía ya se establece en el propio artículo 103 del TRLCSP, aplicado por el órgano de contratación y que si bien es cierto que la misma se configura como excepcional, con el objeto de facilitar el acceso a las PYMES a la licitación, una vez que es exigida, su régimen jurídico y los supuestos en que procede su incautación deben ser aplicados conforme a la ley sin que puedan relativizarse los supuestos, obviando la voluntad del órgano de contratación plasmada en los pliegos, por su carácter excepcional.

Sexto.- Solicita la recurrente con carácter subsidiario, la reducción de la cuantía a incautar teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, siendo potestad de los

tribunales según afirma reducir o adecuar las sanciones, citando para ello jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, no invoca ni por ende acredita, qué elementos más allá de la buena fe que aduce como introductoria de su recurso, justificarían la reducción solicitada, además de que la jurisprudencia citada no es aplicable a este caso al no tratarse del ejercicio de la potestad sancionadora, sino de una consecuencia legal prevista en el TRLCSP ante la falta de aportación documental, que no admite modulación o graduación, y su revisión por este Tribunal, que por otro lado no encuentra motivos que justifiquen la pretensión ejercitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 J.P.C., en nombre y representación del Grupo Corporativo GFI Informática, S.A., contra la Resolución 42/2018 de 14 de febrero, dictada por el Consejero Delegado de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid por la que declara la procedencia de la iniciación de los trámites oportunos para la incautación de la garantía provisional correspondiente al contrato “Desarrollo y mantenimiento del sistema integral de empleo de la Consejería De Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: ECON/000088/2017.

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 del TRLCSP.