

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

En Madrid, a 29 de mayo de 2019.

**VISTO**, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.N.G., en representación de International Softmachine Systems, S.L. contra el Acuerdo de 12 de abril de 2019 del Órgano de Administración de la entidad Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., en el que se dispone que se adjudica el Lote 4, relativo al Software de Control y Gestión de Presencia, Horarios, Jornadas, Permisos, Licencias y Vacaciones de todos los empleados de la empresa, del procedimiento abierto ordinario sujeto a regulación armonizada titulado “Suministro y mantenimiento de sistemas y herramientas informáticas de gestión de recursos humanos (4 lotes) para Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A.”, a la empresa Robotics S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En fecha 25 de febrero se procede a la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público del correspondiente Anuncio de Licitación del contrato referido y, en la misma fecha, los Pliegos Técnicos y Administrativos del procedimiento de contratación que incluye los cuatro lotes siguientes:

1. Software de gestión integral de contratación y nómina.

2. Software de gestión integral de RRHH.
3. Software de gestión integral para la Seguridad y Salud en el Trabajo.
4. Software de gestión del control horario.

El valor estimado de los cuatro lotes es de 736.200 euros. Y el del lote 4 es de 137.940 euros.

**Segundo.-** En fecha 12 de abril se notifica a la recurrente la adjudicación del lote 4 a Robotics S.A., y en fecha 9 de mayo interpone recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, fundado en los siguientes cuatro motivos:

*“1º.- En primer lugar, no es posible o es prácticamente imposible extraer los datos de la aplicación instalada actualmente en Madrid Destino porque se utiliza un sistema propio, licenciado en su día por SOFTMACHINE, lo que hace muy difícil o extremadamente complicada la exportación por parte de otros sistemas, como sería lo que se produciría con el caso de ROBOTICS, quien trabaja con otro sistema. Lo mismo sucedería si lo quisiera llevar a cabo cualquier otra empresa fuera de SOFTMACHINE (...).*

*2º.- En segundo lugar, indicar que la única empresa que puede ofrecer todos los datos históricos tanto por recursos, como por sistema, es SOFTMACHINE, ya que lo que se solicita es una evolución del sistema que se está utilizando en la actualidad.*

*3º.- En tercer lugar, indicar que, como mucho, lo que podrían llegar a hacer desde ROBOTICS es extraer una parte de la base de datos o extraer información de forma parcial, como pueden ser los datos básicos de empleados y sus marcajes. Ello, no obstante, también tendría un coste para ROBOTICS que tendrían que asumir dentro del presupuesto presentado.*

*4º.- En cuarto lugar, manifestar que esta parte está disconforme con la puntuación otorgada a SOFTMACHINE puesto que tan solo hay 0'56 puntos de diferencia relacionados con tiempo de resolución y precio y, como se ha expresado con anterioridad, la realidad es que: (i) la empresa que ha concurrido al concurso y ha sido adjudicataria, por un lado, no puede llegar a cumplir de forma viable lo requerido a nivel técnico o le va a resultar prácticamente imposible y, (ii) por otro, es posible que tampoco pueda cumplir con los plazos puesto que es imposible que preste el servicio*

*de extracción de datos ella sola y, si requiere de la intervención de SOFTMACHINE, esta no va a poder cumplir siempre con los plazos ofrecidos por ROBOTICS, en cuyo caso debería afectar a la puntuación establecida en el concurso a esta compañía. Además, para el caso de que SOFTMACHINE fuese requerido para la extracción de datos a través de la solución instalada, sus servicios supondrían un coste que debería ser imputado a ROBOTICS, haciendo que la puntuación en precio fuese, en tal caso favorable a SOFTMACHINE.”*

**Tercero.-** En fecha 17 de mayo tiene entrada el informe preceptivo del organo de contratación, junto con el expediente administrativo y en fecha 24 las alegaciones de la adjudicataria, todo ello en aplicación del artículo 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.

**Segundo.-** Como participante en el procedimiento la recurrente está legitimada para interponer el recurso, todo ello de conformidad con el artículo 48 de la LCSP. La representación de la recurrente se acredita.

**Tercero.-** El presente recurso se presenta el 9 de de mayo, dentro del plazo de 15 días hábiles desde el día siguiente a aquel en que se le notificó la adjudicación según lo dispuesto en el art. 50.1.d LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se dirige contra un acto recurrible conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP. Y en un contrato de importe superior a 100.000 euros (artículo 44.1.a).

**Quinto.-** El órgano de contratación impugna los motivos del recurso afirmando que en realidad es una impugnación de los Pliegos, cuyo contenido asumió íntegramente al presentar su proposición. Niega que no sea posible migrar los datos, que son propiedad de Madrid Destino a la nueva adjudicataria y que así se preveía expresamente en los Pliegos.

Pide una multa por temeridad o mala fe del recurrente. Textualmente, plantea la *“inadmisión del recurso por contener el mismo una impugnación de los pliegos extemporánea, además de una pretensión contraria a los principios de libre competencia y concurrencia”*.

*“Con respecto al Pliego de Prescripciones Técnicas, y en cuanto a aquella parte del mismo que se pone en cuestión, el mismo indica claramente como una función a realizar por el adjudicatario: “Migración de datos en su caso, desde la aplicación que realiza actualmente estas funciones en Madrid Destino, (Softmachine versión 8.2.1) tanto de los datos necesarios para la puesta en marcha, como de los datos históricos de la empresa. Los datos actualmente se encuentra en su servidor propio de Madrid Destino con SO Windows server 2012 R2 almacenados en una base de datos SQL versión 2008.”*

*Siendo esto así, no puede si no esta parte no estar en modo alguno de acuerdo con la pretensión de la recurrente, pues viene a establecer una especie de derecho de exclusividad en la herramienta para realizar el servicio de control de presencia o control horario, objeto del Lote 4 del procedimiento de contratación que nos ocupa, que haría que ninguna otra persona física o jurídica pudiera realizar esta función, lo que a su vez supondría que el mismo lote tuviera un objeto imposible, lo cual no resulta admisible, no solo porque supondría una vulneración del Esquema Nacional de Interoperabilidad, los principios de libre competencia y el principio fundamental de la contratación pública de libre concurrencia, sino que en todo caso ello debería haber llevado a la recurrente a impugnar los pliegos que rigen el contrato.*

*Estos pliegos, como hemos visto con anterioridad, establecen claramente la obligación del que resulte adjudicatario, con posterioridad obviamente al proceso de licitación y selección, de realizar la migración de datos.*

*Decir que es imposible realizar esa acción a no ser que el que la realice sea la recurrente, es como decir que la misma tiene un derecho perpetuo a prestar el servicio, lo cual resulta absurdo, o le hubiera llevado a la no menos absurda decisión de impugnar los pliegos (...)*

*No es cierto que los datos haya que extraerlos del sistema de Softmachine, los datos están en una base de datos de Madrid Destino, del que los extraerá el que resulte adjudicatario, y, por supuesto una vez extraídos, el adjudicatario deberá realizar un recálculo que de ninguna forma plantea problemas pues la herramienta para realizar ese recálculo se ha definido perfectamente en el Pliego Técnico y el licitador que no contara con la misma hubiera sido excluido del procedimiento, siendo además una tarea mecánica. El recálculo ya estaba previsto, no es un inconveniente sobrevenido”.*

Robotics S.A., como adjudicataria, incide en los mismos argumentos:

*“En primer lugar indicar que no es en absoluto cierta la manifestación vertida por la recurrente en cuanto a que resulta imposible o extremadamente costosa la extracción de la información de la aplicación de SOFTMACHINE y el volcado en la de nuestra compañía.*

*A estos efectos, y toda vez que los datos (propiedad de MADRID DESTINO CULTURA TURISMO Y OCIO, S.A. y no de la recurrente) se encuentran en la base de datos, o bien son calculados y se pueden visionar y extraer desde la aplicación actual en formato estructurado (Xml, Pdf, (...)), ello es más que suficiente para su volcado en la aplicación de nuestra entidad, siendo por ello incierta la manifestación de la recurrente que pretende presentar los datos de su aplicación como de imposible extracción y/o volcado.*

*Implícito en el razonamiento de la recurrente está el suponer que para visualizar los datos históricos estos deben calcularse en el preciso momento en que se requieran, lo cual a nuestro juicio es un error.*

*Por lo tanto, en la medida en que los datos propiedad de MADRID DESTINO CULTURA TURISMO Y OCIO, S.A. pueden visionarse y extraerse del sistema de SOFTMACHINE a día de hoy, es evidente que serán tanto los actuales como los históricos los que se volcarán en la aplicación de nuestra compañía, siendo por tanto absurda e incierta la afirmación de que ello es altamente complicado o que*

*comportará un retraso en los plazos de respuesta.*

*En segundo lugar, y como ya hemos visto, en la medida en que además es técnicamente posible transmitir los datos de responsable a responsable, es decir de SOFTMACHINE a ROBOTICS en cualquier formato estándar y legible, es evidente que la ubicación actual de los datos no puede ser un impedimento o traba para realizar el cambio en el responsable del tratamiento.*

*De no ser así carecería de sentido haber realizado una licitación pública en el supuesto que nos ocupa, y vaciaríamos de contenido a la propia Ley 9/2017 de contratos del sector público si fuera inviable que los servicios a prestar no pudieran transmitirse, y ello provocara la perpetuación de un servicio público en manos de una empresa privada como parece pretender SOFTMACHINE”.*

A juicio de este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la mera lectura de los motivos de impugnación de la recurrente denota que lo que se impugna no es la valoración de la adjudicataria, sino la posibilidad de que pueda realizar la prestación adjudicada, porque la misma es la única que puede realizarla, basándose en que:

1º La base de datos se construye sobre un sistema con licencia exclusiva de International Softmachine Systems S.L. No es posible extraer los datos con el Sistema de Robotics.

2º Softmachine es la única empresa que puede ofrecer todos los datos históricos.

3º Robotis solamente podría extraer información de forma parcial.

4º Por todo ello, su puntuación sobre precios y plazos es errónea, porque no podrá cumplir ni con unos ni con otros sin el concurso de la recurrente.

Expuesto lo que antecede nos encontramos ante una impugnación indirecta de los Pliegos, pues el recurrente entiende que por razones técnicas no debió salir a procedimiento abierto la licitación, sino adjudicarse por un negociado por exclusividad a la misma, que es la que prestaba el servicio.

La recurrente infringe el artículo 139.1 de la LCSP que afirma que la mera presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada de los Pliegos, en los siguientes términos: *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

El PPT expresamente recoge como una obligación del adjudicatario la *“migración de datos en su caso, desde la aplicación que realiza actualmente estas funciones en Madrid Destino, (Softmachine versión 8.2.1) tanto de los datos necesarios para la puesta en marcha, como de los datos históricos de la empresa. Los datos actualmente se encuentra en su servidor propio de Madrid Destino con SO Windows server 2012 R2 almacenados en una base de datos SQL versión 2008.”*

Como se afirma por el órgano de contratación y el adjudicatario, tal cosa es posible sin el concurso de la recurrente, que lo que viene a expresar probablemente es que encontrará dificultades para verificar la tarea. Esta actuación se manifiesta como torticera, porque de ser cierto lo que debió impugnar son los Pliegos por sacar a concurso Madrid Destino, una prestación de la que tendría derechos o utilidades exclusivas. Que no era realmente ese su pensamiento se demuestra por el mero hecho de su participación en el procedimiento, reaccionado contra la adjudicación con los argumentos que debió emplear contra la convocatoria.

**Sexto.-** El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo (temeridad) tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.*

En el caso presente se aprecia la concurrencia de estas circunstancias de temeridad, al argumentar contra la adjudicación con motivos propios de un recurso contra los Pliegos, que no recurrió, y mala fe, pues presenta el recurso en la convicción de su inviabilidad y probablemente advirtiendo de dificultades o entorpecimientos.

Es más, el recurso beneficia económicamente a la recurrente al retrasar la firma del contrato, permitiendo al recurrente, actual adjudicataria, obtener un beneficio de ese retraso y poniendo en riesgo la correcta prestación de los servicios públicos que el Ayuntamiento de Madrid lleva a cabo a través de Madrid Destino, y el cumplimiento de la legislación reciente sobre control de horarios (Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo).

No obstante, la propia celeridad de este Tribunal en la tramitación del recurso palia los efectos del probable *animus lucrandi* y *animus nocendi* del recurrente, no

hacienda una estimación el órgano de contratación de los presuntos beneficios obtenidos, razón por la cual se estima procedente por todos los conceptos la imposición de la multa en cuantía de 1.000 euros, en aplicación del artículo 58.2 de la LCSP: *“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

*El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”*

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 interpuesto por don M.N.G., en representación de International Softmachine Systems, S.L. contra el Acuerdo de 12 de abril de 2019 del Órgano de Administración de la entidad Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A, en el que se dispone que se adjudica el Lote 4, relativo al Software de Control y Gestión de Presencia, Horarios, Jornadas, Permisos, Licencias y Vacaciones de todos los empleados de la empresa, del procedimiento abierto ordinario sujeto a regulación armonizada titulado “Suministro y mantenimiento de sistemas y herramientas informáticas de gestión de recursos humanos (4 lotes) para Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A.”, a la empresa ROBOTICS S.A.

**Segundo.-** Se levanta la suspensión de la adjudicación (artículo 57.3. LCSP).

**Tercero.-** Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, por importe de 1.000 euros.

**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 59 de la LCSP.