

**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 P.L.C., en nombre y representación de IMAN SEGURIDAD S.A. contra la Resolución de 10 de enero de 2013, del Consejero Delegado de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, por la que se adjudica el contrato "Servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid". Expediente: ECON/000332/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de noviembre de 2012, se publicó en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de "Servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid". Expediente: ECON/000332/2012, con un importe de licitación de 355.196,08 euros IVA excluido y un valor estimado de 710.392,16 euros, IVA excluido y un plazo de ejecución de doce meses.

El pliego de Cláusulas Jurídicas del contrato establece un único criterio, el precio, para la valoración de las ofertas y en consecuencia por lo que respecta a la apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas, establece *“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, las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

Cuando, concurriendo un solo licitador, el porcentaje de baja ofertado sea superior a 25 unidades porcentuales.

Cuando concurren dos licitadores, el porcentaje de baja que supere en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

Cuando concurren tres licitadores, las ofertas que presenten un porcentaje de baja que supere 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 con menor porcentaje de baja cuando el porcentaje de baja ofertado sea inferior 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 ofertas que presenten un porcentaje de baja que supere en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que presenten porcentajes de baja inferiores 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 con mayor porcentaje de baja”.

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

Segundo.- Con fecha 19 de diciembre de 2012, se procedió a la apertura de la documentación correspondiente a la oferta económica de las tres empresas. En dicho acto la Mesa de contratación propone la adjudicación a la ahora recurrente, por importe de 292.983,20 euros, IVA excluido; lo que supone una baja del 17,52% .

A continuación, se notificó a la propuesta como adjudicataria la clasificación por orden de las ofertas económicas realizadas, y se le requirió para que procediese a aportar documentación acreditativa del cumplimiento de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, así como de la constitución de garantía definitiva y del abono de los gastos de publicación de los anuncios de licitación en el BOCM.

Consta en el expediente que la garantía definitiva se constituyó el día 9 de enero de 2013.

Con fecha 10 de enero de 2013, se procede a dictar Resolución de adjudicación del contrato a la recurrente, notificándose a la misma y al resto de las licitadoras ese mismo día.

Tercero.- Frente a dicha Resolución, la empresa IMAN SEGURIDAD S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación el 21 de enero de 2013, ante la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, que lo remitió a este Tribunal acompañado del expediente de contratación y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el 24 de enero.

La recurrente solicita que se declare que la oferta por ella presentada es desproporcionada o anormal, dejando desierto el procedimiento administrativo, o, en su caso, adjudicando el contrato a la segunda mejor clasificada, en cuyo caso se solicita asimismo la devolución de la garantía definitiva depositada ante el órgano de contratación. Aduce como fundamento de su pretensión que la prestación objeto del contrato no puede ser cumplida en los términos de la oferta, debido a un error

padecido en la interpretación del pliego.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, afirma que la Agencia ICM ha puesto a disposición de los licitadores todos los medios oportunos para solventar las dudas que les hayan podido surgir durante la formulación de sus ofertas, y que por otro lado la oferta de la recurrente no está incurso en presunción de temeridad, no procediendo la declaración del procedimiento como desierto al haber otras ofertas. Concluye que el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrá la consideración de retirada injustificada de la proposición, con las consecuencias que de ello se deriven.

Quinto.- Con fecha 24 de enero de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento, trámite de audiencia, habiendo manifestado expresamente su intención de no presentar escritos de alegaciones.

El mismo día 24 de enero la recurrente presentó ante el órgano de contratación escrito de ampliación del recurso solicitando la suspensión del acto recurrido, siendo trasladado dicho escrito al Tribunal al día siguiente.

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.- 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 este caso la adjudicación se notificó a la recurrente el día 10 de enero de 2013, con lo que el recurso interpuesto el día 24 se habría presentado en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación de un contrato de servicios, de la categoría 23 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 710.392,16 euros, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40. 1. a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- La Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, es poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública y su régimen de contratación se sujeta al régimen de derecho privado, de conformidad con lo previsto en el apartado 4.6 del artículo 10 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid y con lo dispuesto en el artículo 20 del TRLCSP.

En su condición de Poder Adjudicador ICM está sometido en su contratación a lo dispuesto en el TRLCSP en los términos establecidos en los artículos 189, 190 y 191 y en sus Instrucciones de contratación.

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 presente recurso.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en el carácter temerario de la oferta efectuada por la recurrente que, según aduce, le impediría ejecutar el contrato.

Se debe señalar que, de acuerdo con el artículo 191 del TRLCSP, en la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada por los

poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, como es el caso, no son de aplicación las normas establecidas en el artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, estando sometida la adjudicación a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

La redacción del PCJ, que estableció expresamente los criterios para considerar presuntamente las ofertas como anormales o desproporcionadas, aunque difiere de la recogida en el artículo 85 del TRLCSP, es respetuosa del indicado precepto. Ahora bien, se aprecia un error por parte del órgano de contratación a la hora de aplicar la cláusula y es que, tal y como se reconoce en el informe preceptivo remitido a este Tribunal, cuando se indica que el porcentaje medio de baja fue del 11, 99%, por lo que ninguna de las ofertas fue considerada como desproporcionada, se consideró para apreciar la temeridad, no la media aritmética de las ofertas presentadas, sino la media de las bajas presentadas. Ambos conceptos son distintos debiéndose atender al primero, tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid en su informe 47/2003, de 2 de febrero de 2004: *“La interpretación correcta del apartado 4 del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, consiste en referir las expresiones de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, y no a la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas”*.

Sin embargo, sentado lo anterior, cabe decir que no hace falta un estudio jurídico profundo del asunto para verificar que la oferta económica efectuada por la recurrente, no está incurso en presunción de temeridad, tampoco desde estos parámetros, puesto que la oferta de 292.983,20 euros, no es inferior en 10 unidades porcentuales, esto es en 31.261 euros, la media aritmética de las ofertas (312.610,97 euros) efectuada por todos los licitadores, cuestión esta, por otro lado, que no resulta controvertida.

Por otro lado se aduce por la recurrente que sufrió un error en la interpretación de los pliegos, pero ni explica en qué consistió tal error, ni por parte de este Tribunal se aprecia la existencia de oscuridad en la redacción de los pliegos que pudiera fundamentar la realización de una oferta errónea, antes bien debe tratarse de un error interno padecido por la propia recurrente al expresar su voluntad en la formulación de su oferta. En relación con ello, no podemos olvidar que los pliegos conforman la ley del contrato de manera que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de los mismos en todos sus términos, sin salvedad o reserva alguna como señala el artículo 145.2 del TRLCSP, en este caso concreto en relación con la cuantía de las ofertas económicas, de los servicios a prestar y de apreciar la existencia o no de valores desproporcionados o anormales en las mismas y de otro que las ofertas presentadas vinculan a los licitadores que no pueden apartarse de las mismas, una vez formuladas, ni modificarlas, de resultar adjudicatarios sin sufrir las consecuencias establecidas para ello.

Por tanto si el adjudicatario de un contrato, que además ya ha constituido la garantía definitiva, reconoce que su oferta es inviable en los términos que la ha realizado, solo puede entenderse que procede a retirar dicha oferta, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, *“A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”*.

Por lo anteriormente señalado resulta claro que procede desestimar el recurso interpuesto en el sentido de que se considere que la oferta de la recurrente es inviable. Ahora bien deben aun determinarse las consecuencias económicas que lleva consigo la retirada de la oferta.

En este caso no estaba prevista la constitución de garantía provisional, por lo que no procede obviamente el efecto de incautación de la garantía provisional previsto en el artículo 62.1 del RGLCAP, previo al artículo 103 del LTRLCSP que configura la exigencia de dicho tipo de garantía como potestativa. Ahora bien sí que estaba constituida la garantía definitiva, que sin embargo de acuerdo con el artículo 100 del TRLCSP no tiene por objeto garantizar el mantenimiento de las ofertas, puesto que parece un supuesto poco probable que el adjudicatario solo advierta el error en la realización de la oferta después de haber sido propuesto como adjudicatario, requerido para que presentase la correspondiente documentación y haber constituido efectivamente la garantía definitiva.

En el caso de que se produzca la retirada de la oferta entre la adjudicación y la formalización del contrato el artículo 156.4 del TRLCSP permite en el caso de que el contrato no se formalizase por una causa imputable al adjudicatario, que de la garantía definitiva se incaute el importe de la garantía provisional que en su caso, se hubiese exigido. Pero de nuevo nos encontramos con que al no haberse exigido garantía provisional no se pueden trasladar a la garantía definitiva, las obligaciones de que respondería la garantía provisional, por lo tanto no procedería la incautación de la misma para hacer efectiva la responsabilidad por posibles daños causados a ICM como consecuencia de la retirada de la oferta, sin perjuicio de que tales daños, de haberlos se resarzan como corresponda, por vía indemnizatoria.

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.- Desestimar el recurso interpuesto por Don P.L.C., en nombre y representación de IMAN SEGURIDAD S.A. contra la Resolución de 10 de enero de 2013, del Consejero Delegado de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, por la que se adjudica el contrato "Servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia de Informática y Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid". Expediente: ECON/000332/2012.

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.- Este Tribunal no se pronuncia sobre la suspensión solicitada al resolver sobre el fondo del asunto.

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 49 TRLCSP.