



Roj: **STSJ M 7003/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:7003**

Id Cendoj: **28079330032016100399**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **27/2015**

Nº de Resolución: **169/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 7003/2016,**
STS 930/2020

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2015/0000979

Recurso número 27/2015

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: SEGURIDAD INTEGRAL METROPOLITANA S.A. (SIMETSA)

Procuradora: Doña M^a Ángeles Galdiz de la Plaza

Demandado: Metro de Madrid S.A.

Procurador: Don Ignacio Argos Linares

SENTENCIA n° 169

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 3 de junio del año 2016, visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña M^a Ángeles Galdiz de la Plaza, actuando en representación de la mercantil SEGURIDAD INTEGRAL METROPOLITANA S.A. (SIMETSA), contra la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) que acordó "desestimar la reclamación interpuesta por Don Ángel Letosa Alberó, en nombre y representación de Seguridad Integral Metropolitana S.A. (SIMETSA) y Don Pedro de la Antonia Ramos , en nombre y representación de Infoglobal S.A. (UTE SIMETSA-INFOGLOBAL) contra el desistimiento del procedimiento de adjudicación del " servicio de Mantenimiento de Sistemas de Seguridad" tramitado por Metro de Madrid S.A. licitación n° 6011400072".

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda .

SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de mayo del año 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Procuradora Doña M^a Ángeles Galdiz de la Plaza, actuando en representación de la mercantil SEGURIDAD INTEGRAL METROPOLITANA S.A. (SIMETSA), interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) que acordó "desestimar la reclamación interpuesta por Don Ángel Letosa Albero, en nombre y representación de Seguridad Integral Metropolitana S.A. (SIMETSA) y Don Pedro de la Antonia Ramos , en nombre y representación de Infoglobal S.A. (UTE SIMETSA-INFOGLOBAL) contra el desistimiento del procedimiento de adjudicación del " servicio de Mantenimiento de Sistemas de Seguridad" tramitado por Metro de Madrid S.A. licitación nº 6011400072".

La recurrente solicita la anulación de la Resolución impugnada y del Acuerdo que confirma por concurrir tanto causas de nulidad de pleno derecho como de anulabilidad y que se le abone la reclamación a que tiene derecho por los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con lo previsto en el art. 106.3 de la Ley 31/2007 y que habrán de ser determinados, en su caso, en ejecución de Sentencia.

SEGUNDO.- Como antecedentes de interés para la resolución del recurso deben de ponerse de manifiesto los siguientes tal como resultan del expediente administrativo:

1º.- En fecha 21 de abril de 2014 Metro de Madrid, SA, en adelante Metro de Madrid, convocó en su perfil de contratante la licitación correspondiente al procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de Mantenimiento integral de los sistemas de seguridad, con un valor estimado de 16.749.000 euros. Asimismo la convocatoria fue publicada el 23 de abril de 2013 en el DOUE, el 26 de abril de 2013 en el BOE y el 30 de abril en el BOCM.

2º.- Tras la presentación y valoración de las ofertas, se concluyó que la oferta de Auditel Ingeniería y Servicios, S.L. y Auditel Seguridad S.L.U. (en adelante, UTE Auditel) se encontraba en presunción de anormalmente baja, por lo que se procedió a dar audiencia a los efectos de que pudieran explicar su oferta y las condiciones de la misma.

Con fecha 4 de julio de 2014, se emitió informe por la Dirección de Ingeniería y Mantenimiento de Metro de Madrid en el que, a la vista de las justificaciones remitidas, se concluyó que el dimensionamiento de los recursos contenido en la proposición económica de la UTE Auditel era apropiado y, por tanto, "que por el montante ofertado por la UTE Auditel Ingeniería-Auditel Seguridad se podría prestar el servicio de mantenimiento integral de los sistemas de seguridad".

Una vez seguido el procedimiento, se adjudicó el contrato mediante Acuerdo del Consejo de Administración de Metro de Madrid, adoptado en su sesión de 24 de julio de 2014, a la oferta presentada por Auditel Ingeniería y Servicios, S.L. y Auditel Seguridad, S.L.U. -empresas que constituirán una UTE según compromiso expresado en su oferta-.

3º.- Con fecha 25 de julio de 2014 se comunicó a Seguridad Integral Metropolitana, S.A. (SIMETSA) e Infoglobal, S.A. (en lo sucesivo UTE SimetsaInfoglobal), la adjudicación de la licitación.

El 12 de agosto las componentes de la UTE Simetsa-Infoglobal presentaron escrito de Reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid contra la adjudicación del contrato, alegando que la UTE Auditel debió ser excluida de la licitación por alteración de su oferta y por incumplimiento de los pliegos, así como por la no acreditación de la viabilidad de la oferta inicialmente anormal o desproporcionada, solicitando se declarara la revocación de la adjudicación, la exclusión del procedimiento de la UTE Auditel y ,con carácter subsidiario, retrotraer las actuaciones de manera que se emitiera un nuevo informe de valoración en los términos recogidos en la reclamación.

Metro de Madrid y la UTE Auditel se opusieron a la reclamación, sosteniendo la conformidad a derecho de la Resolución que adjudicó el contrato a la UTE Auditel solicitando el mantenimiento de la adjudicación a esta última .



4º.- En fecha 17 de septiembre de 2014 , el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dictó Resolución acordando:

" Estimar la reclamación interpuesta por don Ángel Letosa Albero, en nombre y representación de Seguridad Integral Metropolitana, S.A.(SIMETSA) y don Pedro de la Antonia Ramos, en nombre y representación de INFOGLOBAL, S.A. (UTE SIMETSA-INFOGLOBAL), contra la adjudicación del servicio de Mantenimiento de Sistemas de Seguridad, tramitado por Metro de Madrid, licitación nº 6011400072, anulando la adjudicación recaída y procediendo la exclusión de la UTE Auditel, retrotrayendo las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas y adjudicando el contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP "

5º.- En fecha 26 de septiembre de 2014 Metro de Madrid, S.A., solicitó aclaración de la Resolución anterior, en el sentido de cuál sería la actuación procedente en aplicación de dicho acuerdo , dictándose en fecha 1 de octubre de 2014, Acuerdo por el TACP expresando lo siguiente:

"El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aclara la Resolución 153/2014 de 17 de septiembre, señalando que la misma debe ser interpretada en el sentido de que procede la retroacción de las actuaciones al momento del procedimiento de valoración de su oferta técnica en que la UTE Auditel debió ser excluida, continuando la tramitación con el análisis de posibles ofertas anormales o desproporcionadas, la valoración de los criterios valorables mediante fórmula y realizando la clasificación en el orden resultante y proceder a continuación a requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, presente la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del RLCSP".

6º.- En ejecución de la Resolución del TACP, el órgano de asistencia al órgano de contratación emitió informe en fecha 7 de octubre de 2014 , en el que , tras retrotraer las actuaciones al momento de la clasificación, sin realizar una nueva valoración técnica de las ofertas presentadas, excluyó la oferta presentada por la UTE Auditel y propuso a la UTE constituida por SIMETSA-INFOGLOBAL como adjudicataria de la licitación.

7º.- En fecha 8 de octubre de 2014 la UTE Auditel, presentó un escrito ante el Consejo de Administración de Metro de Madrid solicitando que esta última entidad desistiera del expediente de licitación del contrato, alegando que se habían lesionado sus legítimos intereses al considerar que las condiciones de subcontratación impuestas por la empresa propietaria del software habían impedido la efectiva concurrencia, habiendo abusado de su posición.

8º.- En fecha 15 de octubre de 2014 el Consejo de Administración de Metro de Madrid acordó "desistir del procedimiento con el fin de cambiar los términos de la licitación y garantizar adecuadamente los principios de la contratación pública", con la siguiente motivación "... tal y como está configurada la licitación, no se ha garantizado la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL goza de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidencia por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido AUDITEL, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas. Por ello se considera que se debe cambiar el planteamiento inicial de la licitación, separando claramente el mantenimiento evolutivo de los sistemas SW del resto del mantenimiento. El mantenimiento evolutivo de los distintos sistemas, se licitarían por procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia por proveedor único al ser INFOGLOBAL el fabricante y único propietario del citado software. Esta situación es idéntica en el SW de integración de equipos, desarrollado en exclusividad por SICOSOFT para METRO. El resto del mantenimiento se licitaría en abierto garantizándose la plena igualdad entre los licitadores y la libre concurrencia del mercado, al no estar vinculado a la propiedad y titularidad de códigos fuente. La facultad de desistir del procedimiento está expresamente prevista en la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) que es la que resulta de aplicación a la presente licitación por cuanto su artículo 86 determina que " la entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo que justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran ha solicitado participar en el mismo."

Con fecha 16 de octubre de 2014 el Servicio de Contratación comunicó a los licitadores el anterior Acuerdo.

9º.- Con fecha 4 de noviembre de 2014 la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL formuló reclamación ante el TCAP contra el Acuerdo de desistimiento con fundamento en que tal Acuerdo contravenía la normativa aplicable e ignoraba la Resolución 153/2014 anterior del TACP , que era directamente ejecutiva, pues no cabía desistimiento, ni se había adoptado en los términos exigidos en la normativa.



10 º.- En fecha 20 de noviembre de 2014 el TACP dictó Resolución nº 197/2014 desestimando la anterior reclamación.

En síntesis, la Resolución razona que la licitación presente se rige por la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre Procedimientos de Contratación de Sectores Especiales (en lo sucesivo LCSE), que Metro no ha incumplido la anterior Resolución 153/2014 por cuanto que el TACP no puede ordenar al órgano de contratación adjudicar el contrato a una determinada empresa sino tan solo anular los actos del procedimiento y , en su caso, retrotraer actuaciones, sin que la retroacción de las actuaciones al momento en que la infracción se cometió determine por imperativo legal que la única resolución válida en derecho , de conformidad con la LCSE, sea la adjudicación a la segunda mejor oferta, sino que a partir de dicho momento se reanuda la tramitación del procedimiento con los trámites que sean preceptivos , siendo posibles otras soluciones igualmente válidas en derecho. La Resolución del TACP rechaza asimismo que no concorra causa justificada para el desistimiento realizado y que Metro haya incumplido su obligación de motivar, razona que el art. 155.4 del TRLCSP (no aplicable a este procedimiento) regula de una manera más pormenorizada el régimen de desistimiento contractual, y que la regulación de la LCSE es intermedia entre la contratación privada y la del sector público y que en la ordenación del desistimiento otorga a la entidad contratante una mayor discrecionalidad que el TRLCSP , pero le impone obligaciones que no tiene el contratista del derecho privado, concluyendo que el desistimiento se ha producido antes de la adjudicación y que ha existido causa legitimadora y motivación al expresarse que la causa del desistimiento es garantizar la igualdad de trato de los licitadores como principio que rige la contratación de Metro, como empresa pública sujeta, en este caso, a la LCSE y que no se ha respetado en el procedimiento de licitación del que se desiste , viéndose comprometido el principio de concurrencia por la acumulación en el objeto del contrato de las prestaciones del mantenimiento evolutivo, reservado a los titulares de los código fuente del software que tienen derechos exclusivos, con las prestaciones correspondientes a los mantenimientos preventivo y correctivo que pueden prestarse por otras empresas en régimen de competencia, tratándose de una infracción de las normas de preparación del contrato y una vulneración de los principios de concurrencia competitiva que no puede subsanarse, pues supondría la modificación de un elemento esencial del contrato cual es su objeto, durante el procedimiento de adjudicación, lo que justifica el desistimiento del procedimiento.

TERCERO.- La recurrente, como dijimos, solicita la anulación de la Resolución impugnada y del Acuerdo que confirma por concurrir tanto causas de nulidad de pleno derecho como de anulabilidad con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:

1º.- la Resolución impugnada incumple lo dispuesto en la anterior Resolución del TACP de 17 de septiembre de 2014, lo que supone un flagrante incumplimiento del art. 108.2 y concordantes de la Ley 31/2007 , vulnerando el art. 108.1 de la misma así como el principio de seguridad jurídica y su derecho de defensa consagrado en el art 24 CE , alegando asimismo como vulnerados los arts 56 de la Ley 30/92 y 151.2 del TRLCSP.

2º.- La Resolución impugnada, en cuanto confirma el acto impugnado en la instancia, incurre en arbitrariedad, prohibida por el art 9.3 de la CE , así como en desviación de poder, vulnerando asimismo el art 3.1 de la Ley 30/92 y los principios de objetividad, buena fe y de sujeción al ordenamiento jurídico.

3º.- El desistimiento confirmado por la Resolución impugnada es contrario a derecho y contrario a los arts. 86 de la LCSE , en relación con el art 84 de la misma norma y art. 1.6 del PCP , habiendo incurrido además en falta de motivación , vulnerando asimismo la Ley 30/92 y la ley 31/2007, siendo contraria al art. 9.3 CE así como al art. 3.1 de la Ley 30/92 y a los principios de contratación pública y a la buena fe, incurriendo asimismo en falta de motivación que vulnera su derecho de defensa.

En el primer motivo de impugnación alega la recurrente que Metro ha acordado desistir del procedimiento de licitación a instancias de la UTE Auditel cuando la única actuación que le estaba permitida ,según la Resolución de 17 de septiembre de 2014, era cumplir con lo que la misma imponía, es decir , anular la adjudicación realizada, excluir a la UTE Auditel y adjudicar el contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, que era la de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, habiendo devenido firme dicha Resolución por lo que era directamente ejecutiva no pudiendo ya Metro desistir del procedimiento de licitación.

El motivo no puede prosperar. Compartimos lo razonado al respecto por la Resolución del TACP de 20 de noviembre de 2014 recurrida en esta "litis" .

El TACP no puede imponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a una determinada oferta sino que ,conforme a lo dispuesto en el art. 106.2 de la LCSE: " *La resolución de la reclamación estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras*



discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones", por lo que el TACP solo puede anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, y ,si procediera, acordar la retroacción de actuaciones hasta la actuación viciada, no pudiendo ordenar la adjudicación en favor de uno ó de otro licitador, decisión que solo al órgano de contratación incumbe, máxime cuando la adjudicación del contrato no es la única opción permitida por la Ley tras la fase de clasificación.

Es cierto que la Resolución del TACP de 17 de septiembre de 2014, tras estimar la reclamación interpuesta contra la adjudicación, anularla y acordar la retroacción de las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas con exclusión de la de la UTE Auditel, se refiere a la adjudicación del contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, no obstante, entendemos que el TACP al referirse a ello quiso referirse a que -tras la anulación de la adjudicación recaída y la exclusión de la UTE Auditel-, se reanudaba la tramitación del procedimiento debiendo de continuarse con el mismo expresando las usuales actuaciones a realizar ,obedeciendo a ello la mención " *adjudicando el contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP* " .

Lo que se corrobora con el Acuerdo de aclaración dictado en fecha 1 de octubre de 2014 en que ,tras referirse a que lo procedente era la retroacción de las actuaciones al momento del procedimiento de valoración de la oferta técnica en que Auditel debió de ser excluida, vuelve a referirse a la continuación de la tramitación ,mencionando ahora de forma más detallada que esta venía constituida por el análisis de posibles ofertas anormales ó desproporcionadas, la valoración de los criterios valorables mediante fórmula, realizar la clasificación en el orden resultante y requerir al licitador que hubiera realizado la oferta más ventajosa para la presentación de la documentación referida en el art 151.2 del TRLCSP.

Por lo que, si bien ciertamente el TACP no tenía porqué - tras la anulación y la orden de retroacción- referirse ni expresar cuales eran las actuaciones posteriores a realizar por el órgano de contratación, el que lo hiciera de forma ilustrativa -que es la única forma en que pudo realizarlo- señalando los trámites usuales posteriores del procedimiento de adjudicación previstos en la Ley y en los Pliegos, entendemos no puede interpretarse en el sentido pretendido por la recurrente de que el TACP impusiera a Metro la obligación de adjudicar el contrato a una determinada oferta, privándola de otras opciones legales, facultad que no tiene y obligación que no puede imponer por impedirlo el art. 106.2 de la LCSE ,máxime cuando el órgano de contratación disponía ,tras la anulación y la retroacción, de otras opciones legales distintas de la de realizar la adjudicación a favor de la siguiente oferta mejor clasificada, como por ejemplo la de desistir del procedimiento de adjudicación , posibilidad permitida por el art 86 de la LCSE antes de la adjudicación y de la que el TACP no puede privar al órgano de contratación, ni entendemos fuera su intención hacerlo, por lo que rechazamos la interpretación del recurrente de que la única actuación que le estaba permitida realizar a Metro tras la Resolución del TACP de 17 de septiembre de 2014, era la de adjudicar el contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, interpretación que nos parece excesiva.

En consecuencia, hemos de rechazar que la Resolución impugnada deba de ser anulada por incumplir lo dispuesto en la anterior Resolución del TACP de 17 de septiembre de 2014, siendo así que ,además, Metro ejecutó la Resolución del TACP retro trayendo el procedimiento y proponiendo el órgano de asistencia la adjudicación a la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL.

CUARTO.- En el segundo motivo de impugnación , la recurrente alega que de los hechos acontecidos que relata en la demanda resulta de manera clara que lo que Metro pretendía era que SIMETSA (que era la empresa que venía prestando el servicio en virtud de contrato anterior) no siguiera prestándole servicio alguno, habiendo acordado el desistimiento de manera arbitraria y en fraude de ley (art 6.4 Código Civil) aplicándose el art 86 de la LCSE con el fin de eludir la debida aplicación de los demás preceptos de la LCSE y del TRLCSP que obligan a la adjudicación del contrato a la oferta más ventajosa, habiéndose incurrido en desviación de poder al haberse ejercitado potestades administrativas para un fin diferente del previsto en el ordenamiento jurídico.

En el tercer motivo de impugnación el recurrente, sin negar el derecho de un órgano de contratación a desistir de un recurso en los términos en que le reconoce la normativa aplicable , alega que en el supuesto presente han concurrido circunstancias excepcionales , toda vez que en notorio fraude de ley se ha procedido a desistir de un procedimiento de licitación en momento inoportuno y sin causa justificada para ello, con incumplimiento asimismo del deber de motivar el desistimiento por parte de Metro.

Examinaremos de forma conjunta ambos motivos de impugnación al estar íntimamente relacionados, debiendo de partirse para ello de la normativa aplicable conformada por el art 86 de la LCSE en que se amparó Metro para desistir del procedimiento, desistimiento que fue considerado conforme a derecho por la Resolución del TACP impugnada en esta Litis.



Dicho precepto establece " *La entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran solicitado participar en el mismo*".

Son dos, en consecuencia, los requisitos exigidos para el desistimiento:

1º.- que el desistimiento tenga lugar con anterioridad a la adjudicación del contrato , y

2º.- que exista causa que lo justifique y ésta se exprese en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran solicitado participar en el mismo.

El recurrente sostiene que en el caso presente no concurren ninguno de tales requisitos y que el desistimiento fue contrario a derecho , alegando , en relación al primero de ellos que al haberse producido la adjudicación a favor de Auditel ya no era posible el desistimiento, entendiendo que la retroacción ordenada por el TACP ha de entenderse a los solos efectos de cumplir con la segunda parte de la Resolución, la adjudicación a la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, y en relación al segundo alega que no concurre causa justificada para realizar el desistimiento, que la causa invocada es inexistente, que no ha existido vulneración de los principios de la contratación pública, que todos los licitadores conocían las circunstancias relativas a la titularidad de determinados software y las especialidades de su mantenimiento evolutivo, que no solo había un software de Infoglobal sino que había otros titularidad de otras empresas, que todos llegaron a acuerdos para presentar sus ofertas , que solo Auditel decidió, por su propia voluntad no alcanzar dichos acuerdos y adoptar una diferente estrategia que vulneraba los Pliegos , que incluso SIMETSA-INFOGLOBAL hubo de llegar a los respectivos cuerdos con otros titulares de software para el caso de que su oferta fuera adjudicataria y que Metro ha incumplido su deber de motivar incurriendo en una actuación manifiestamente arbitraria contraria al art 9.3 de la CE .

El requisito temporal sí concurre en este caso, toda vez que la adjudicación inicial realizada a favor de Auditel fue anulada por el TACP quien ordenó la retroacción de las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas con exclusión de la de la UTE Auditel, y el desistimiento se produce con anterioridad a realizarse una nueva adjudicación, ya que lo único que existió fue una propuesta del órgano de asistencia de realizar la adjudicación a la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, sin que llegara a producirse la adjudicación a su favor por el órgano de contratación.

Entendemos, sin embargo, con el recurrente que el órgano de contratación no motivó ni justificó de forma suficiente , atendidas las peculiaridades del caso presente a que a continuación nos referiremos, la existencia de causa que justificara el desistimiento.

Según el Acuerdo de fecha 15 de octubre de 2014 del Consejo de Administración de Metro de Madrid el desistimiento se produce porque la licitación, tal como estaba configurada, no había garantizado la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL gozaba de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidenciaba por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido AUDITEL, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas.

La Resolución del TACP recurrida en esta Litis entendió que había existido causa justificada para el desistimiento realizado y que Metro no había incumplido su obligación de motivar, razonando que el art. 155.4 del TRLCSP (no aplicable a este procedimiento) regula de una manera más pormenorizada el régimen de desistimiento contractual, y que la regulación de la LCSE es intermedia entre la contratación privada y la del sector público y que en la ordenación del desistimiento otorga a la entidad contratante una mayor discrecionalidad que el TRLCSP, aunque le impone obligaciones que no tiene el contratista del derecho privado, concluyendo que ha existido causa legitimadora y motivación al expresarse que la causa del desistimiento es garantizar la igualdad de trato de los licitadores como principio que rige la contratación de Metro, como empresa pública sujeta, en este caso, a la LCSE y que no se ha respetado en el procedimiento de licitación del que se desiste.

Al respecto hemos de considerar que es cierto que ,tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la LCSE, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , régimen singular que en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los



contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ya que en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta, así en materia de desistimiento el art. 155 del TRLCSP es mucho más restrictivo que el art 86 de la LCSE al exigir aquél que se funde en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, sin que el art 86 de la LCSP subordine la posibilidad de desistir a la existencia de tales concretas infracciones ni a un concreto motivo tasado , siendo más amplia al referirse en general a la existencia de "causa que lo justifique", no obstante tal causa ha de existir y el órgano que la adopte ha de justificarla , no bastando para dar validez a un desistimiento la expresión de cualquier causa ó de una causa sin justificación sino que la causa ha de ser legítima y ha de justificar la adopción de un decisión tan trascendente como es el desistimiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato ya iniciado.

En el caso presente, según el Acuerdo de fecha 15 de octubre de 2014 del Consejo de Administración de Metro de Madrid el desistimiento se produce porque " *la licitación, tal como estaba configurada, no había garantizado la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL gozaba de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidenciaba por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido AUDITEL, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas* " .

Pues bien, sin negar en absoluto que toda licitación ha de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores , siendo tal principio básico en la contratación, no apreciamos que en el caso presente Metro de Madrid haya justificado en forma suficiente y adecuada a las circunstancias concurrentes que tal principio no se hubiera respetado.

Así, hemos de poner de manifiesto las peculiaridades del caso que nos ocupa. La circunstancia de que el mantenimiento evolutivo de las aplicaciones relativas a los servicios que habían de ser prestados requería la colaboración de las empresas desarrolladoras de dicho software por disponer de los programas fuentes necesarios para dicho trabajo , era un hecho que resultaba de los Pliegos elaborados por Metro y que fue conocido en todo momento tanto por Metro como por los licitadores que participaron en la convocatoria, ninguno de los cuales (incluida Auditel) realizó objeción a ellos (quedando los Pliegos firmes y consentidos) ni manifestó que la necesidad de tal colaboración vulnerara el principio de igualdad de trato entre los licitadores, habiendo participado nueve empresas en la licitación, ninguna de las cuales alegó vulneración alguna del principio de igualdad ni que la necesidad de colaboración apuntada les hubiera impedido , limitado ó afectado al participar en la licitación.

La adjudicación del contrato ,en fecha 24 de julio de 2014, a la oferta presentada por la UTE Auditel fue objeto de reclamación ante el TACP por la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL y en el curso de la misma se discutió ampliamente si Auditel debió ó no de ser excluida por alteración de su oferta y por incumplimiento de los Pliegos, habiendo alegado la reclamante que el mantenimiento evolutivo de los sistemas de seguridad objeto del contrato solo podía ser realizado con la colaboración de las empresas desarrolladoras de dicho software por disponer de los programas fuentes necesarios para dicho trabajo, y que la UTE Auditel no tenía la colaboración de las empresas que disponían de dichos programas, frente a lo cual tanto Auditel como Metro ,se opusieron a la prosperabilidad de la reclamación, defendieron la conformidad a derecho de los Pliegos , de la valoración de la oferta técnica de Auditel, y de la justificación de su oferta económica, manteniendo Metro en el informe emitido con ocasión de dicha reclamación ante el TACP (folios 2625 y ss del expediente administrativo) que la tramitación de la licitación se había ajustado a las normas y principios que rigen la contratación pública y a los Pliegos de condiciones que la habían regido, manifestando su profundo conocimiento técnico y la experiencia de Metro de Madrid sobre el mantenimiento que requieren los servicios que eran objeto del contrato , conocimiento técnico que se decía permitía a Metro valorar con criterio suficiente el modo en que podían organizarse las labores de mantenimiento a que se refería la licitación y que no debía de sustituirse ni por el de los reclamantes ni por el del TACP, manifestando *en cuanto al mantenimiento evolutivo que "todos los licitadores habían recibido la misma puntuación puesto que cumplían los requisitos exigidos por el Pliego , por lo que poseer ó no los códigos fuente ó la colaboración de quien los posee no era una condición a valorar, susceptible de suponer una mayor ó menor puntuación"*

El TACP ,en su Resolución de 17 de septiembre de 2014, estimando la reclamación interpuesta por la UTE SIMETSA- INFOGLOBAL anuló la adjudicación realizada a favor de la UTE Auditel determinando que procedía excluirla de la licitación retrotrayendo las actuaciones al momento de clasificación de ofertas, y, tras solicitar la aclaración a que nos referimos con anterioridad , Metro de Madrid continúa con el procedimiento de licitación realizándose ,en fecha 7 de octubre de 2014, propuesta de adjudicación a favor de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL , sin embargo, justo un día después (el 8 de octubre de 2014) la UTE Auditel, quien no había recurrido sino dejado firme la Resolución del TACP y ya no formaba parte del proceso de licitación al haber



quedado excluida de la misma y no podía realizar alegación alguna, presentó un escrito ante el Consejo de Administración de Metro de Madrid solicitando que esta última entidad desistiera del expediente de licitación del contrato, alegando ahora que se habían lesionado sus legítimos intereses al considerar que las condiciones de subcontratación impuestas por la empresa propietaria del software habían impedido la efectiva concurrencia, habiendo abusado de su posición.

Tales alegaciones son aceptadas por el Consejo de Administración de Metro de Madrid que acuerda el desistimiento del procedimiento de licitación en los términos que anteriormente hemos expuesto por entender que tal y como estaba configurada la licitación, no se había garantizado la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL gozaba de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidencia por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido AUDITEL, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas.

Pues bien, sorprenden ciertamente las alegaciones realizadas por la empresa Auditel en su escrito de 8 de octubre de 2014, alegaciones que realiza por primera vez, tras haber participado en la licitación, haber consentido los Pliegos, conocer perfectamente los derechos existentes sobre los software y haber manifestado en el escrito de oposición a la reclamación contra su adjudicación que tal como hizo constar en su oferta y posterior justificación " *asumía el compromiso (en aquellos casos en que fuera necesario) de alcanzar acuerdos puntuales con las empresas desarrolladoras del software actualmente instalado en los sistemas de Metro* ", sorprende también que se refiera a que lo que ha impedido la libre competencia han sido "hechos posteriores" y que ello ha producido "un encarecimiento injustificado de las restantes prestaciones" cuando lo usual es antes de realizar la oferta tener pactada la colaboración necesaria y su precio para poder realizar correctamente la oferta y en especial la oferta económica y en este caso fue precisamente Auditel quien realizó la oferta económica más ventajosa, llegando a analizarse incluso si la misma era ó no temeraria.

Tras ello, sin más comprobación ni justificación, Metro de Madrid acepta lo manifestado por Auditel (empresa que como dijimos estaba excluida de la licitación) y contradiciendo el criterio mantenido hasta entonces en que había sostenido que la tramitación de la licitación se había ajustado a las normas y principios que regían la contratación pública y que la forma en que se había diseñado la licitación y los Pliegos convocándose un servicio de mantenimiento *integral* de los sistemas de seguridad, eran reflejo de su profundo conocimiento técnico y de la experiencia de Metro de Madrid sobre el mantenimiento que requerían los servicios que eran objeto del contrato, diseño que se justificaba en la eficacia y eficiencia siendo una decisión de Metro para una mejor satisfacción del interés general, sostiene ahora que debía de desistirse del procedimiento de licitación con el fin de cambiar los términos de la licitación y garantizar adecuadamente los principios de la contratación pública, al no haberse garantizado tal y como está configurada la licitación, la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL gozaba de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidencia por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido AUDITEL, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas. Pues bien, aparte de lo manifestado por Auditel, ni resulta que SIMETSA-INFOGLOBAL fuera la única empresa titular de los software con quien deberían de alcanzarse acuerdos- siendo así que los servicios de seguridad de Metro de Madrid se soportan en sistemas heterogéneos, que disponen tanto de elementos de mercado con múltiples proveedores como de componentes con tecnología propietaria de algunos fabricantes específicos, siendo muy relevante el peso de éstos en la globalidad de los sistemas de seguridad de Metro- ni consta que ninguno de los licitadores tuviera problemas para formular su oferta a causa de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL (ya dijimos que se presentaron en el número nada despreciable de nueve y ninguno cuestionó la forma en que estaba configurada la licitación), de hecho tampoco parece que Auditel tuvo dificultades, ya que como hemos dicho, presentó su oferta, consiguió ser adjudicatario con el precio más bajo y estaba dispuesta a cumplirla si el TACP no hubiera anulado su adjudicación.

El principio de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos y el principio de igualdad de trato y de no discriminación han de aplicarse a todos los licitadores incluida la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, que fue quien presentó la oferta más ventajosa.

De lo razonado y expuesto resulta que, en este caso y dadas las especiales circunstancias concurrentes expuestas, no podemos entender que Metro de Madrid haya justificado de forma suficiente la concurrencia de la causa en que fundamenta el desistimiento del proceso de adjudicación (vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores) ni que tal causa concurra y, en consecuencia, que exista causa que justifique el desistimiento, por lo que se ha infringido lo establecido en el art 86 de la LCSE que exige que exista causa que justifique el desistimiento, por lo que la Resolución del TACP de 20 de noviembre de 2014 que consideró lo contrario, debe de ser anulada por no ser conforme a derecho, siendo lo que subyace de lo razonado en



tal Resolución que prácticamente basta para acordar válidamente un desistimiento y dar cumplimiento a lo exigido por el art 86 de la LCSE, hacer constar su causa en la resolución en que se acuerda y comunicarlo a los participantes, tesis de la que discrepamos porque por muy laxo que pueda ser el precepto en relación con la regulación contenida en el TRLCSP , exige para la validez del desistimiento que "exista causa que lo justifique" y lo contrario supondría configurar el desistimiento como una opción de libre utilización por parte del órgano de contratación.

En consecuencia y conforme a lo solicitado por el recurrente en el suplico de la demanda procede anular la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) y la Resolución de fecha 15 de octubre de 2014 del Consejo de Administración de Metro de Madrid en ella impugnada que acordó el desistimiento del procedimiento de licitación.

La anulación que realizamos por el motivo expresado nos exime de examinar los restantes motivos alegados por el recurrente en fundamento de su recurso y en especial la existencia de fraude de Ley y de desviación de poder.

QUINTO.- Solicita asimismo el recurrente en el suplico de la demanda se le pague " la reclamación a que tiene derecho por los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con lo establecido en el art. 106.3 de la LCSE y que habrán de ser determinados , en su caso, en ejecución de Sentencia " .

Tal pretensión no puede prosperar. El recurrente ni menciona cuales son los daños y perjuicios que reclama, ni los cuantifica, ni los acredita, refiriéndose tan solo a ellos en la página 31 de su demanda, en que, aludiendo a lo dispuesto en el art. 106.3 de la LCSE, expresa que solicitó al TACP tal indemnización y que la estimación del recurso acredita de manera fehaciente que ha sufrido unos evidentes perjuicios consecuencia de la actuación de Metro por los que ha de verse compensada. Tesis de la que discrepamos. Conforme dispone el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 , «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos ó disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización» sino que el derecho a reclamar ha de fundarse en un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, producido a consecuencia de la actuación administrativa con la que ha de unirle un nexo causal probado, el que el daño deba de ser "efectivo" significa que debe de haberse producido realmente excluyéndose los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere tal la mera frustración de una expectativa.

Los arts. 106.3 y 107 de la LCSE ,para los supuestos en que el TACP aprecie la existencia de infracción legal ,disponen que ,a solicitud del interesado y si procede , podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar a la reclamación, cuando tal indemnización proceda se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre y deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

Pues bien, en el caso presente la indemnización no procede no solo por su total falta de concreción y determinación que ni siquiera podría dejarse para ejecución de Sentencia puesto que el art 71 de la LJCA no permite dejar para ejecución de Sentencia la totalidad de una pretensión indemnizatoria, sino que cuando la cuantía no pueda establecerse en la Sentencia deberán establecerse en ésta sus bases siendo únicamente su definitiva concreción lo que puede diferirse al periodo de ejecución de Sentencia, sino porque ,además, ignoramos cuales son las vicisitudes que van a acontecer tras la anulación del desistimiento que realizamos, pudiendo finalmente la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL ejecutar el contrato licitado en cuyo caso no debería de ser resarcida de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o por la participación en el procedimiento de contratación, o no hacerlo por causas imputables a ella misma.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el art 139.1 de la LJCA , estimándose tan solo en parte las pretensiones del recurrente no procede realizar especial condena en costas debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso administrativo arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña M^a Ángeles Galdiz de la Plaza, actuando en representación de la mercantil SEGURIDAD INTEGRAL METROPOLITANA S.A. (SIMETSA), contra la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) a que esta litis se refiere , la anulamos en parte, anulando el desistimiento del procedimiento de adjudicación del " servicio de



Mantenimiento de Sistemas de Seguridad" tramitado por Metro de Madrid S.A. licitación nº 6011400072" acordado por Metro de Madrid S.A. en fecha 15 de octubre de 2014 , sin haber lugar al abono de daños y perjuicios al recurrente. No se realiza condena en costas.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a . Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ