

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

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., contra la adjudicación a EULEN, S.A. (en adelante EULEN), del lote 4 “*servicio de conservación del mobiliario urbano municipal en los distritos de Ciudad Lineal, San Blas-Canillejas, Hortaleza y Barajas*” del contrato “*servicio de Conservación del mobiliario urbano municipal del Ayuntamiento de Madrid*”, expte.: 300/2020/00855, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 de mayo de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación el Anuncio, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), que rigen en la licitación “*servicio de conservación del mobiliario urbano municipal del Ayuntamiento de Madrid*” con número de expediente 300/2020/00855. El valor estimado asciende a 11.120.170,28 euros.

La licitación se encuentra dividida en 6 lotes, uno por cada una de las zonas en las que se divide el ámbito territorial.

Segundo.- Esta licitación ya ha sido objeto de un recurso especial en materia de contratación a instancias de Eulen contra su exclusión del lote 4 por no justificar la baja desproporcionada, siendo resuelto en sentido estimatorio por Resolución 544/2021, de 2 de diciembre, declarando la continuidad de la misma en el procedimiento y nueva adjudicación, que es la que ahora se recurre por OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U.

Tercero.- Con fecha 20 de abril de 2022, ha sido publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público decreto del delegado del Área de Gobierno del Medio Ambiente y Movilidad del 12 de abril de 2022, de Adjudicación del Servicio de conservación del mobiliario urbano municipal del Ayuntamiento de Madrid (lote 4) en favor de EULEN S.A. En fecha 12 de mayo, se presenta recurso especial en materia de contratación de OHL, en el que insta la exclusión de EULEN por incumplimientos de prescripciones técnicas y por modificación de la oferta.

Cuarto.- El 20 de mayo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo

adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado con 20 de mayo de 2022, del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que presenta en 1 de junio de 2022.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora, clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el día 20 de abril de 2022, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 12 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2. c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega, en primer término, el incumplimiento por la adjudicataria del Pliego de Prescripciones Técnicas, por un vehículo ofertado que no cumplía con las condiciones requeridas. Este vehículo no figura en la oferta, sino que se hace constar en la justificación de la baja desproporcionada de la que se hace mérito en el antecedente segundo, y cuya inadecuación a las exigencias del PPT este Tribunal no estimó argumento suficiente (junto con otros) para entender no justificada la baja, sino, en su caso, para excluir al licitador si incumplía las prescripciones técnicas: *“las explicaciones sobre los vehículos no sirven para rechazar la justificación sobre la baja temeraria. El eventual incumplimiento de las prescripciones técnicas en este punto, que no se valora, sería causa de exclusión de la proposición, no de no justificación del precio ofertado, al que son ajenas esas consideraciones”*. De esta frase toma pie OHL para fundar en parte el recurso.

Este fundamento no prejuzga nada el resultado del presente recurso, refiere a un eventual incumplimiento, que no se valora.

Ahora alega el órgano de contratación que en el compromiso de adscripción de medios no figuraba vehículo concreto alguno, que es una condición de ejecución del contrato, y puede modificarse en el trámite de adjudicación del artículo 150. 2 de la LCSP, como subsanación de la documentación presentada, y es lo que se ha hecho presentando un nuevo vehículo que sí cumple con lo requerido por el pliego sobre carga. Cita diversas resoluciones en materia contractual y, en particular por extenso, la 949/2019, de 14 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“Que se debe conceder al licitador la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación (...). Que la mesa ha de comprobar la disposición efectiva de medios y valorar si la documentación aportada es suficiente para acreditar esa disposición, lo que debe comprobar antes de la formalización, sin perjuicio que el adjudicatario pueda variar los medios propuestos, antes o incluso durante la ejecución del contrato, siempre que se cumplan los términos de la oferta.

Así el artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación pueden exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, configurando una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

Esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 76.2 de la LCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, al momento de la acreditación de la capacidad y solvencia, cuya materialización sólo debe exigirse al empresario que resulte primer clasificado en la licitación del contrato.

Es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a- adscribir a la ejecución del contrato, como dispone el artículo 150.2 LCSP. En fin, es por ello, por no ser obligado disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir para que una vez formalizado aquel pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada, no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación (...).

La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.

La posibilidad indicada no puede negarse, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto. Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera

de estricta lógica, ya que si los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato; la segunda razón consiste en que el artículo 150 de la LCSP no dice nada al respecto, pues no lo autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación.

Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 150.2 antes expuesta, es aplicable la disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP que somete subsidiariamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la LPACAP, en concreto su artículo 73.2 que dispone que en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”.

Comprueba este Tribunal la naturaleza de este compromiso, en el que se refiere textualmente en declaración de 7 de junio de 2021 de EULEN: *“En concreto, se comprometen a:*

- Disponer del personal mínimo establecido.*
- Disponer, desde el inicio del contrato, de las instalaciones solicitadas.*
- Disponer, desde el inicio del contrato de los vehículos, maquinaria y medios materiales y auxiliares previstos en el PPT”.*

En trámite de adjudicación presenta el mismo vehículo para recogida de residuos que en la justificación de la baja, que estimándose inadecuada por los técnicos, es requerido para subsanación por la mesa: *“Acreditación del compromiso de adscripción de medios (apartado 9 del Anexo del PCAP) en lo que se refiere a los vehículos, ya que con la información aportada no cumple con lo exigido en el PPT.*

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Informe de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos que se adjunta”.

Habiendo presentado otro vehículo en sustitución del primero, se procede a la adjudicación a su favor.

EULEN transcribe numerosa doctrina que diferencia entre la solvencia y el compromiso de adscripción de medios. Solo la primera debe cumplirse en plazo de licitación. El medio solo tiene que acreditarlos el adjudicatario y son sustituibles. La Resolución 201/2018, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, señala:

“Es criterio reiterado de los tribunales de recursos contractuales que el compromiso de adscripción de medios del artículo 64.2 del TRLCSP (actual artículo 76.2 LCSP) no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, de la que constituye un plus, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación, so pena de exclusión, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios, cuya acreditación sólo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP. El TACPCM en su Resolución 138/2018, expone la doctrina sobre la adscripción de medios, el momento de su acreditación, subsanación y posibilidad de sustitución”.

Por su parte, la Resolución 138/20218, dice:

“De acuerdo con lo manifestado por el TACRC en la Resolución 163/2014 de 28 de febrero, resulta posible el cambio o sustitución de los medios adscritos al contrato En definitiva, la empresa se obliga a prestar el servicio contratado contando en todo momento con personal que disponga de la titulación y experiencia requeridos en los pliegos, sin que sea exigible que el personal adscrito a la ejecución del contrato tenga que coincidir con el personal propuesto en fase de licitación, pudiendo hacer cambios en el equipo, tanto a iniciativa de la empresa como a iniciativa del trabajador, siendo esta una cuestión que debe afectar únicamente al

ámbito interno de las relaciones internas de las empresas y sus trabajadores, sin afectar al cumplimiento del contrato, si el trabajador que deja de formar parte del equipo es sustituido inmediatamente por otro trabajador que cumpla igualmente los requisitos exigidos en el pliego. En consecuencia, de imponerse –como, en el presente caso se impone– en el pliego como “obligación esencial del contrato” a los efectos previstos en el artículo 223 f) del TRLCSP el compromiso de la empresa de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes para ello, que cumplan los requisitos fijados al efecto, será causa de resolución del contrato el hecho de que dejen de estar adscritos a la ejecución del contrato trabajadores que cumplan dichos requisitos, mas no el hecho de que dejen de formar parte del equipo las personas individualmente identificadas por el licitador al ser requerido para acreditar la disponibilidad efectiva de medios personales con carácter previo a la adjudicación”.

Procede desestimar este motivo, porque no teniendo que acreditar la disponibilidad del vehículo hasta la adjudicación cabe que modifique el mismo, una vez requerido por la Administración. Tampoco cabe considerarla una modificación de su oferta, la cual no contemplaba ningún vehículo concreto, que hizo en la justificación de la baja.

En segundo lugar, se alega por OHL que con ese vehículo nuevo la oferta de EULEN es económicamente inviable, porque supone un sobrecoste por la diferencia entre el alquiler del primer vehículo recogido en la justificación de la baja y el del nuevo vehículo, que se calcula sobre el presupuesto dado a OHL por la empresa que alquila este vehículo.

Según afirma el órgano de contratación, sobre el tema de la baja de EULEN ya se pronunció el Tribunal: *“la viabilidad de la oferta de Eulen, S.A. ya fue objeto de estudio en el momento en que estuvo incurso en presunción de anormalidad y sobre ello, posteriormente, se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución, nº 545/2021, por la que estimó el recurso interpuesto por Eulen, S.A. contra su exclusión del procedimiento ya citada a lo largo de este Informe”.* Al respecto, no alega EULEN, pero efectivamente el

TACPCM ya se pronunció sobre la baja de EULEN en la Resolución citada en antecedente segundo.

OHL presenta un coste de 2.000 euros mensuales, 24.000 euros anuales. El vehículo se identifica como “*camión chasis cabina 10 TN de MMA con grúa HC 60 caja abierta con cartolas abatibles y basculante tipo volquete*”. En la subsanación en trámite de adjudicación de Eulen figura un camión IVECO con las características reseñadas o “*similar*”. Este coste es superior en 14.633,48 euros a los 9.366,52 del camión considerado en la justificación de su baja por EULEN, cantidad que sobre una oferta de 1.031.029,57 euros, representa 1,41%, no siendo apreciable en orden a la viabilidad de la oferta.

Procede desestimar el recurso especial en materia de contratación.

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 la representación de la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., contra la adjudicación a EULEN, S.A. del lote 4 “*servicio de conservación del mobiliario urbano municipal en los distritos de Ciudad Lineal, San Blas-Canillejas, Hortaleza y Barajas*” del contrato “*servicio de conservación del mobiliario urbano Municipal del Ayuntamiento de Madrid*”, expte.: 300/2020/00855.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.