

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

En Madrid, 22 de marzo de 2017.

VISTA la cuestión de nulidad planteada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra el Acuerdo de fecha 19 de enero de 2017 de Metro de Madrid, S.A., por la que se adjudica el contrato de servicio denominado “Servicio de reacondicionamiento de 123 ascensores marca KONE de Metro de Madrid” expediente 6011600234, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 15 de mayo de 2016, se elaboró por la Dirección de ingeniería y mantenimiento de Metro de Madrid la memoria justificativa y propuesta de contratación del servicio mencionado, a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.c) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, LCSE, constando en la memoria: “Proveedor único al ser la empresa KONE ELEVADORES fabricante de los ascensores”. El valor estimado del contrato asciende a 1.126.266,75 euros.

Segundo.- Con fecha 20 de octubre de 2016, se solicitó oferta a la empresa Kone

Elevadores, S.A. (en adelante Kone) y el 19 de enero de 2017, se le adjudica el contrato.

La adjudicación fue publicada con fechas 26 y 30 de enero de 2017, en el DOUE y el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- El 3 de marzo de 2017, tiene entrada en el Tribunal escrito de la representación de Zardoya Otis, S.A., en el que interpone cuestión de nulidad contra el Acuerdo de adjudicación, alegando que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido ya que el contrato debería haberse licitado como abierto o restringido pero con publicidad.

Se argumenta que a la vista del objeto del contrato, *“es palmario que dicho objeto y prestación puede ser satisfecha por miles de empresas dedicadas a estas labores, entre ellas, Zardoya Otis, S.A. y, por consiguiente, no resulta de aplicación el mencionado artículo 59. c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.”*

Cuarto.- El día 13 de marzo de 2017 se reciben en el Tribunal, el expediente administrativo y el informe establecido en el artículo 111.5 d) de la LCSE.

El órgano de contratación en su informe justifica la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad, argumentando que concurren una serie de causa técnicas que implican que la empresa Kone fuera el único operador económico que pudiera prestar los servicios de reacondicionamiento objeto del contrato. Se solicita por tanto la desestimación de la cuestión de nulidad.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado escrito de alegaciones Kone Elevadores, S.A., en el que

argumenta en síntesis que *“uno de los trabajos objeto del concurso: “2.1.2 CPU de Variador de Frecuencia y componentes - Sustitución de LCEPU561 & Software: Sustitución de CPU de control de variador de frecuencia y actualización del SW de control en 103 ascensores de la marca KONE”. Este tipo de trabajos, es evidente que no se tratan de un servicio de mantenimiento, sino que claramente se trata de trabajos de reacondicionamiento de los ascensores existentes, incluyendo la sustitución de componentes muy específicos así como el de la revisión y actualización de su software (...). En vista de que uno de los trabajos a realizar es la sustitución de la CPU así como la nueva programación de la mayor parte de los ascensores, entendemos que se haya optado por la exclusividad, todo ello, bajo el argumento de que únicamente el fabricante de los ascensores está lo suficientemente capacitado por razones técnicas para llevar a cabo este tipo de trabajos, se trata en definitiva de una tarea de gran complejidad al tratarse de un sistema tecnológico muy avanzado, por lo que la intervención de cualquier otro operador económico no garantizaría la correcta ejecución de los trabajos”.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101.1 a) de la LCSE 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de Zardoya Otis, S.A., potencial licitador, para interponer la cuestión de nulidad formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LCSE, así como se acredita la representación del firmante del escrito.

Tercero.- El acto respecto del que se plantea la cuestión de nulidad es el Acuerdo de 19 de enero de 2017, por el que se adjudica un contrato de servicios del artículo 10 de la LCSE incluido en el Anexo II A de la misma, sujeto a regulación armonizada y por lo tanto, susceptible de planteamiento de la cuestión de nulidad, de acuerdo

con lo dispuesto en el artículo 15.1 y 16 de la LCSE.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición, viene establecido en el apartado 3 del artículo 111 de la LCSE, que dispone: *“El plazo de interposición de la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles a contar:*

a) Desde la publicación en el Diario de la Unión Europea de la adjudicación del contrato en la forma prevista en los artículos 63, 67 y 69, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el Diario citado”.

El Acuerdo de adjudicación fue publicado en el DOUE el 26 de enero de 2017, por lo que en la cuestión de nulidad interpuesta el 3 de marzo, se encuentra dentro del plazo legal establecido.

Quinto.- Por lo que se refiere al fondo del asunto se alega la nulidad del procedimiento al haberse utilizado la modalidad de negociado sin publicidad por exclusividad, del artículo 59.c) de la LCSE sin existir causa para ello, puesto que alega la recurrente, la prestación podría hacerla cualquier empresa del sector.

El órgano de contratación en su informe aduce que los trabajos previstos suponen un complejo y profundo reacondicionamiento de ascensores de la marca KONE que afectan a su diseño y circuitos de seguridad. Además añade que en la *“Memoria explica y se motiva la necesidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia (proveedor único) para adjudicar el contrato a la empresa KONE ELEVADORES, S.A. porque se considera que es la única que puede realizar los trabajos previstos.*

- Se estima que este servicio cuyas aplicaciones fundamentales son la de actualización de SW para maniobras, renovación de componentes reforzados y sustitución de elementos de control obsoletos, trabajos exclusivos en los ascensores fabricados por la empresa KONE ELEVADORES, sólo puede efectuarlo la Empresa fabricante del Ascensor, ya que requiere el acceso a la documentación técnica de bajo nivel propietaria (sic), conocimientos en el automatismo y maniobra del software

de control (sólo dispone de la información el fabricante), repuestos específicos desarrollados y exclusivos del fabricante.”

En el expediente administrativo se indica que el objeto del contrato es el reacondicionamiento de 123 ascensores pero tanto en la descripción de los trabajos como en las CPVs incluidas en el PPT, consta que los trabajos son de mantenimiento de los ascensores, y consisten fundamentalmente en la sustitución de componentes.

En principio y salvo que se acredite la existencia de alguna especialidad, la actividad de mantenimiento de ascensores no está reservada a los fabricantes de los mismos que no tienen la exclusividad para realizar esas operaciones.

Debe recordarse que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, estableció las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, también en este ámbito, si bien previendo la posibilidad de que se exija autorización administrativa para determinados sectores.

Existe habilitación legal para la conservación de ascensores por lo que en este caso, los trabajos correspondientes podrían haber sido licitados mediante procedimiento abierto, exigiendo la correspondiente habitación profesional y la solvencia necesaria. Por otro lado, el hecho de que se exijan repuestos originales no justifica que la actividad solo pueda hacerla el fabricante, pudiendo otras empresas debidamente acreditadas obtener las piezas originales necesarias.

Respecto al software, tampoco aparece acreditado que sea exclusivo de Kone. En su escrito de alegaciones la empresa señala que es el único suficientemente capacitado por razones técnicas pero no que tenga exclusividad para realizar las operaciones descritas.

El artículo 59.c) de la LCSE, así como el 170.d) del TRLCSP, exige que *“por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos el contrato solo pueda ser ejecutado por un operador económico”*. En este caso eso no queda acreditado.

La exclusividad que se alega, que podría referirse en determinadas circunstancias al suministro e instalación de los ascensores, no se extiende al mantenimiento de los mismos, que es el objeto del contrato, por lo que no puede invocarse el artículo 59 c) para fundamentar la no concurrencia. Debe tenerse en cuenta que los principios rectores de la contratación pública imponen que los supuestos de aplicación del procedimiento restringido o negociado se interpreten de forma estricta, al objeto de no vulnerar el derecho de los licitadores a participar en condiciones de igualdad en los procedimientos de contratación. Igualmente razones de eficacia económica aconsejan restringir al máximo los casos de adjudicación sin concurrencia puesto que al no existir competencia, la adjudicación puede recaer en una oferta que en un procedimiento abierto no fuese la más ventajosa económicamente.

El Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de septiembre de 2011, relativo al Funcionamiento del Mercado de mantenimiento de ascensores en España, ya recogía que *“la regulación del acceso a las actividades, la mencionada Ley de Industria recoge el principio de libertad de establecimiento para todas las actividades industriales, y exige únicamente al interesado una comunicación o declaración responsable mediante la que se manifieste que se cumplen los requisitos exigidos, que se dispone de la documentación que así lo acredita y que el interesado se compromete a mantener dicho cumplimiento durante la vigencia de la actividad. El interesado debe entregar además a la autoridad competente la información necesaria para el control de la actividad. La declaración responsable habilita para el desarrollo de la actividad desde el día de su presentación en todo el territorio español y con una duración indefinida”*.

Igualmente dentro de las Recomendaciones contenidas en el informe, se contempla que *“Con objeto de evitar que la garantía ofrecida por el instalador del ascensor constituya un factor decisivo para la contratación del servicio de mantenimiento con el mismo instalador o una empresa vinculada, es conveniente que la normativa estatal reguladora de la actividad de conservación de ascensores prevea, de forma expresa, que la contratación del servicio de conservación del ascensor con un operador distinto del instalador o no vinculado a éste no supone la pérdida de la garantía, a menos que dicho operador realice un trabajo defectuoso sobre el ascensor.”*

En este caso se ha convocado un procedimiento negociado por razones de exclusividad, partiendo de la premisa de que solo un empresario podría realizar las prestaciones objeto del contrato, circunstancia que al no quedar acreditada no permite la utilización del supuesto del artículo 59 c) de la LCSE.

Concurre por tanto el supuesto del art 109.1.a) de la LCSE que prevé la nulidad contractual por no haberse cumplido el requisito de publicación en el DOUE, siendo preceptivo y no concurriendo las causas de excepción del art. 59 c) del mismo texto legal.

En consecuencia, procede estimar la cuestión de nulidad interpuesta y anular el procedimiento de licitación de acuerdo con el artículo 110 del LCSE, siendo las consecuencias jurídicas las establecidas en el art. 35.1 del TRLCSP, anulación del contrato que deberá entrar en fase de liquidación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101.1 a) de la LCSE 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.- Estimar la cuestión de nulidad formulada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra el Acuerdo de fecha 19 de enero de 2017, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de reacondicionamiento de 123 ascensores marca KONE de Metro de Madrid”, debiendo anularse el procedimiento, incluida la formalización del contrato que deberá entrar en liquidación, correspondiendo al órgano de contratación, si lo considera necesario, iniciar un nuevo expediente de contratación mediante procedimiento abierto.

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 111.e) de la LCSE.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.