

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

En Madrid, a 4 de julio de 2019.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por don A.S.L., en representación de la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios S.A. (en adelante ASCH), contra el acuerdo de Metro de Madrid S.A. (en adelante Metro) de fecha 24 de mayo de 2019 por el que se excluye a la recurrente de la licitación, por falta de acreditación de la habilitación profesional requerida, en el contrato de servicios de “Mantenimiento de estaciones, depósitos y dependencias de la red de Metro. Lotes 5 y 6” número de expediente 601180042 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 2 de noviembre de 2018, BOCM de 5 de noviembre de 2018 y en el perfil de contratante de Metro de fecha 6 de noviembre de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.235.000 euros.

Interesa destacar a los efectos de resolver la presente reclamación el apartado 23 y 24 del cuadro resumen de condiciones particulares del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“23. *Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato*

La empresa deberá presentar acreditación de estar inscrita en el Registro de Empresas de Retirada de Amianto (RERA), dando conformidad a los requisitos de la normativa vigente y disponiendo de los medios técnicos y humanos específicamente preparados para el desarrollo de esta actividad o presentará una Carta de Compromiso en la que acredite un acuerdo con otra empresa que cumpla los requisitos mencionados. (...)

Al licitador que haya presentado la mejor oferta, y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se le requerirá la aportación de la documentación acreditativa de la vigencia y validez de la habilitación empresarial o profesional exigida.”

24. *Adscripción de medios personales*

¿Se exigen medios personales concretos para la ejecución del contrato? Sí

a. Medios personales por lote:

(....)

· La empresa deberá presentar la documentación que certifique la disposición de al menos dos personas debidamente autorizadas por Metro para la realización de cortes de tracción, o carta de compromiso en la que si resultan adjudicatarios se comprometan a tener personal que realice la formación pertinente, para poder ser acreditados por Metro de Madrid.

· La empresa deberá presentar la documentación que certifique la disposición de al menos dos personas para acceder a subestaciones eléctricas, o carta de compromiso en la que si resultan adjudicatarios se comprometan a tener personal que realice la formación pertinente, para poder ser autorizados por Metro. (...).”

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 8 ofertas, entre las que se encuentra la de la reclamante.

Tras la tramitación del oportuno procedimiento, se clasificaron las ofertas, siendo requerida la primera de ellas para aportar la documentación que se contempla en el artículo 150 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 (LCSP) y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Con fecha 8 de mayo de 2019 se requirió por parte de Metro a la reclamante la subsanación de la habilitación profesional que figuraba en el apartado 23 del cuadro resumen del PCAP, concretamente la inscripción en el Registro de empresas con riesgos de amianto.

La subsanación presentada por ASCH no ha sido válidamente calificada por Metro, acordando en consecuencia su exclusión por incumplimiento de los requisitos exigidos en el PCAP y en aplicación del artículo 150.2 de la LCSP.

Tercero.- El 6 de junio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal reclamación en materia de contratación, formulado por la representación de ASCH en el que solicita la anulación de su exclusión por entender que ha acreditado la habilitación profesional requerida, mediante carta de compromiso con otra empresa que será subcontratista que cumple con el requisito habilitante.

El 14 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 105.2 de 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 (en adelante LCSE).

Cuarto.- 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 104.6 de 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), 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

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el Artículo 101 de la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- Se acredita la legitimación de ASCH para interponer la reclamación al tratarse de una persona jurídica licitadora excluida (artículo 102 LCSE).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La reclamación se interpone contra la exclusión de la reclamante del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios que se rige por la LCSE,

de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, 10, 15 y 16 de la citada Ley por tratarse de un servicio previsto en el Anexo II A.1, de una empresa pública recogida como entidad contratante del sector de transportes en el apartado 7 de la disposición adicional segunda, que supera los umbrales establecidos al ser su valor estimado superior a 443.000 euros, estando sujeto a regulación armonizada.

Cuarto.- En cuanto al plazo para interponer el recurso el acto de exclusión fue adoptado el 24 de mayo de 2019, no figurando en el expediente aportado por el órgano de contratación ni en la reclamación ni en el informe a esta, el día exacto de su notificación. No obstante se ha presentado la reclamación dentro del plazo de quince días hábiles desde el acuerdo de exclusión de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la inadmisión de la acreditación por parte de ASCH de la habilitación profesional requerida en el PCAP referente a la inscripción de la empresa en el registro de empresas con riesgo de amianto (RERA).

El artículo 65 de la LCSP establece *“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en algún prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

(...)

2. Los contratistas deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

Advertido lo anterior, el reclamante indica que ha subsanado el defecto apreciado por el órgano de contratación de falta de habilitación profesional mediante la aportación de carta de compromiso con la empresa Troya S.L., que se encuentra

inscrita en el RERA desde 2010, toda vez que si bien solicitó la inscripción en fecha anterior al término del plazo de presentación de ofertas, no ha obtenido la efectiva inscripción hasta pasado éste.

En consecuencia considera que el órgano de contratación por error, no ha considerado la acreditación de la habilitación profesional aportada conforme a la segunda opción que el apartado 23 del cuadro resumen de condiciones particulares del PCAP recoge.

El órgano de contratación en su escrito a la reclamación indica: *“Ambos apartados 23 y 24, admiten una carta de compromiso como medio alternativo para acreditar los requisitos respectivos, pero su similitud termina ahí. Comparando lo que respectivamente exigen, se comprueba que las cartas de compromiso de TROYA en favor de ASCH no se incardinan en el apartado 23, “habilitación empresarial y profesional”, sino en el 24, “adscripción de medios personales”.*

Para verlo con más claridad, conviene puntualizar que la documentación a que se refiere ASCH no consiste en una sola carta de compromiso sino en dos, ambas de TROYA y de fecha 24-4-2019, precedidas de la correspondiente declaración de subcontratación emitida por ASCH, también de 24-4-2019 (páginas 56, 57 y 58 del doc. nº 10 del reclamante, reiteradas en las páginas 81, 82 y 83 del mismo documento):

A) Declaración de subcontratación de ASCH: “Que para la ejecución del contrato subcontratará a la empresa TROYA CONSTRUCCIONES FERROVIARIAS, S.L., el siguiente personal:

- Al menos dos personas debidamente autorizadas por Metro para la realización de cortes de tracción.

- Al menos dos personas para acceder a subestaciones eléctricas.”

B) Primera carta de compromiso de TROYA: “... manifiesta su compromiso de colaboración con la empresa ASCH INFRAESTRUCTURAS, prestando nuestros servicios de agentes de corte y reposición de tracción homologado por Metro de Madrid, en caso de que ésta resulte adjudicataria del proyecto”.

C) *Segunda carta de compromiso de TROYA: “... manifiesta su compromiso de colaboración con la empresa ASCH INFRAESTRUCTURAS, prestando nuestros servicios de personal autorizado con acceso a subestaciones eléctricas y centros de transformación sin acompañamiento de personal de Metro de Madrid, en caso de que ésta resulte adjudicataria del proyecto”.*

CUARTO.- *Así pues, lo que ASCH ha subcontratado a TROYA, y lo que ésta manifiesta en sus compromisos, no es realización de las tareas contratadas, ni total ni parcial, sino la pura y simple cesión de al menos dos personas para cortes de tracción, y de al menos otras dos para acceder a subestaciones y centros de transformación, coincidiendo con la adscripción de medios personales exigida en el apartado 24.*

*Pero, en lo que se refiere a la habilitación empresarial y profesional exigida en el apartado 23, es patente que el objeto de este contrato no se circunscribe a cortes de tracción ni a subestaciones eléctricas y centros de transformación, sino que, conforme al apartado 5 del cuadro resumen, abarca cualesquiera “**Trabajos de mantenimiento en estaciones, depósitos y dependencias de la red de Metro de Madrid**”.*

Este Tribunal comprueba que efectivamente la carta de compromiso presentada por ASCH se refiere a la adscripción de medios materiales y no a la habilitación de la empresa subcontratista de la generalidad de la obra, por lo que en el momento de terminar el plazo de presentación de ofertas, no existía el compromiso con TROYA en la extensión que ASCH ahora pretende acreditar.

A mayor abundamiento y ante la solicitud de subsanación insiste en que sea considerado suficiente la solicitud de inscripción que si se hizo en tiempo anterior al término del plazo de licitación y que después ha resultado como inscripción de válida, es decir, cambia de fundamento entre lo alegado ante el órgano de contratación y lo fundamentado ante este Tribunal.

Por todo ello se considera que la reclamante no cuenta con la habilitación profesional requerida en el PCAP y por ello no posee capacidad para licitar en esta contratación por lo que se desestima la reclamación en base a este motivo.

Sexto.- El artículo 106.5 LCSE establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

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

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

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

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección

4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”*.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 LCSE, 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 la reclamación en materia de contratación interpuesta por don A.S.L., en representación de la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios S.A. (en adelante ASCH), contra el acuerdo de Metro de Madrid S.A. (en adelante Metro) de fecha 24 de mayo de 2019 por el que se excluye a la recurrente de la licitación por falta de acreditación de la habilitación profesional requerida en el contrato de servicios de “Mantenimiento de estaciones, depósitos y dependencias de la red de Metro. Lotes 5 y 6” número de expediente 601180042

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 LCSE en cuantía de 1.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la LCSE.

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 108 de la LCSE.