

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

En Madrid, a 10 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Electricidad Móvil S.A., contra el acuerdo de fecha 6 de mayo de 2021 por el que se desiste del procedimiento de contratación del suministro en régimen de arrendamiento, del transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje, incluyendo el combustible, así como el personal de montaje y guardia, de los generadores insonorizados con sus instalaciones eléctricas, certificados de correcto montaje e instalación, a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales a adjudicar mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada número de expediente SP20-00359, promovido por Madrid Destino, Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en la PCSP, el 20 de octubre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 560.230 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- El 27 de mayo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Electricidad Móvil S.A., en el que solicita la anulación del desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato que nos ocupa.

Tercero.- El 4 de junio de 2021 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 transponen 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).

Cuarto.- Solicitada la suspensión del acto por la recurrente, no se ha tenido en cuenta, pues produce por sí mismo efectos suspensivos de la continuación del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- MADRID DESTINO es una empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de MADRID DESTINO tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en la LCSP, siendo

susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora, “ *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 acuerdo impugnado fue adoptado el 6 de mayo de 2021, practicada la notificación el 10 de mayo de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal , el 27 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 el desistimiento de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Quinto.- Respecto del fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el desistimiento a la celebración de un contrato por una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa y que la figura aparece regulada en el artículo 152.4 de la LCSP y debe recordarse, como señala el TACRC

en su Resolución 479/2019 y este Tribunal en su Resolución 161/2020, de 8 de julio que *“el desistimiento (...) es un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”. En idénticos términos se pronuncia la Resolución de este Tribunal 697/2018 dictada en el recurso 622/2018”.*

En el presente caso la recurrente no considera que se haya vulnerado las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación ni que se haya justificado convenientemente las razones del desistimiento acordado.

Considera que se ha producido el desistimiento cuando el órgano de contratación ha comprobado que solo su oferta cumplía con los requisitos técnicos exigidos, concretamente encontrarse inscrito en el registro de empresas acreditada de la construcción de la Comunidad de Madrid.

Incide en la necesidad de contar con dicha habilitación profesional para la ejecución del contrato.

El órgano de contratación por su parte justifica y motiva el desistimiento en su acuerdo y de conformidad con el siguiente contenido:

I. En el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente en el apartado 13 correspondiente a la Habilitación empresarial, se requiere a las mercantiles licitadoras entre otros requerimientos obligatorios, estar inscritas en el registro de empresas acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid.

II. La exigencia de dicha inscripción forma parte de las obligaciones que para el contratista, señala el Real Decreto 1627 / 1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

III. A los efectos de su aplicación, el artículo 2.1 a) del RD define obras de construcción como “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el Anexo I”. Dicho Anexo I incluye en la citada definición en su apartado d), “el montaje y desmontaje de elementos prefabricados”.

IV. Por su parte, el apartado a) del artículo 3 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, señala que a efectos de esta Ley se entenderá por obra de construcción u obra, “cualquier obra pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil”.

*V. Con motivo de la entrada en vigor del RD, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo elaboró una **Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción**, donde mantiene la definición interior, señalando que la obra de construcción será tal, “siempre que estén referidas a trabajos intrínsecamente asociados a actividades de construcción (edificación e ingeniería civil) y se ejecuten con tecnologías propias de este tipo de industrias”. El Anexo I de la citada Guía recoge una relación no exhaustiva de obras de construcción, si bien en su apartado 4 hace referencia al “ montaje y desmontaje de elementos prefabricados” , señalando que están comprendidos en este apartado actuaciones*

tales como el montaje y desmontaje de: escenarios (para conciertos, actuaciones públicas y otros), plazas de toros, invernaderos de grandes dimensiones, etc., siempre que dichos montajes/ desmontajes se ejecuten con tecnologías propias de la industria de la construcción.

VI. De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el suministro, montaje y desmontaje de los generadores objeto de contratación, no se trata en ningún caso de un montaje y desmontaje de elementos prefabricados, en el sentido de trabajos de construcción o ingeniería civil señalados en el RD, máxime cuando todos los generadores se instalan en cota “ 0” y sin que en ningún caso se ejecuten trabajos en altura para su instalación, por lo que no se precisa de ningún sistema de andamiaje.

En consecuencia y dado que se ha incluido como requisito de habilitación empresarial, una exigencia que no es de aplicación al presente procedimiento de contratación, se han vulnerado los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, quedando limitada la concurrencia en todo caso.

El desistimiento se acuerda al concurrir el supuesto regulado en el Artículo 152.4 de la LCSP al acontecer una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, con la consideración de que esta circunstancia no impide la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación una vez actualizados los Pliegos en los términos que proceda”.

El órgano de contratación en su escrito al recurso manifiesta. “En relación con el fundamento del desistimiento (...) el hecho de incluir en los pliegos la obligatoriedad de la inscripción en el REA y, en consecuencia, la aplicación del RD 1627, cuando como debidamente se argumenta no debía serlo, es discriminatorio. El haber incluido en los pliegos como obligatorio y excluyente algo que no puede serlo jurídicamente, vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, quedando limitada la concurrencia en todo caso. Esta vulneración supone en todo caso, una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, por lo que nos encontramos en un supuesto de

desistimiento del procedimiento, tal y como se señala en el artículo 152.4 de la LCSP”.

Comprobado por este Tribunal que según se desprende de los informes técnicos aportados no es necesaria la habilitación profesional requerida sobre la inscripción en el registro de empresas autorizadas para la construcción de la Comunidad de Madrid. Verificado que no se ha formalizado el contrato y considerando que el acuerdo de desistimiento está suficientemente justificado y motivado, se considera que el recurso debe ser desestimado.

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 legal Electricidad Móvil S.A., contra el acuerdo de fecha 6 de mayo de 2021 por el que se desiste del procedimiento de contratación del suministro en régimen de arrendamiento, del transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje, incluyendo el combustible, así como el personal de montaje y guardia, de los generadores insonorizados con sus instalaciones eléctricas, certificados de correcto montaje e instalación, a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales a adjudicar mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada número de expediente SP20-00359, promovido por Madrid Destino.

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.- 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.