

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

En Madrid, a 6 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña E.T.G., en representación de Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas, S.A. (AUSSA) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Móstoles de fecha 5 de julio de 2017 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio de Retirada y Depósito de Vehículos, en el Municipio de Móstoles” número de expediente: C/049/con/2017-010 (SARA), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 9 y 10 de mayo de 2017, se publica en respectivamente el BOE y en el DOUE anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, mediante tramitación ordinaria, con criterio único, precio y un valor estimado de 1.209.441,02 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) en su apartado 12.A, 6º), requiere para acreditar la solvencia técnica, económica o financiera aportar certificado de clasificación en el GRUPO: R SUBGRUPO: 7

CATEGORÍA: C, estando prevista también la aportación alternativa de otros medios de acreditación de la solvencia.

Así mismo exige la presentación de documentación acreditativa de que el *“El licitador deberá disponer de una red de comunicaciones de frecuencia propia, homologada por la Dirección General de Telecomunicaciones. La asignación de dicha frecuencia se acreditará mediante el certificado correspondiente”*.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Examinada la documentación administrativa presentada por los licitadores, con fecha 26 de junio de 2017, se solicita a la recurrente, la subsanación de la misma. En concreto se indica que deberá presentar:

“-Declaración de vigencia de la Clasificación aportada.

-De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 12.A.6 del PCAP que rigen la licitación: El licitador deberá disponer de una red de comunicaciones de frecuencia propia, homologada por la Dirección General de Telecomunicaciones. La asignación de dicha frecuencia se acreditará mediante el certificado correspondiente”.

Consta que también se requirió a Valoriza para que presentara esta última documentación.

Con fecha 28 de junio de 2017, la empresa remite al departamento de contratación del Ayuntamiento de Móstoles, la documentación que consideró pertinente para atender al requerimiento efectuado. En concreto una declaración responsable relativa a la vigencia de la clasificación exigida y un documento de alegaciones sobre la disposición de red de comunicaciones de frecuencia propia homologada, de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del presente recurso.

Por último, el 5 de julio de 2017 la Mesa de contratación acuerda la inadmisión de la oferta de la recurrente, sin que conste que dicho acuerdo se haya comunicado a la recurrente formalmente, ni tampoco que se haya adjudicado el contrato en los documentos remitidos que conforman el expediente administrativo.

Tercero.- El 27 de julio de 2017, la empresa AUSSA presentó recurso especial en materia de contratación, previo el anuncio efectuado el día 26 de julio, a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

En el recurso se invoca en primer lugar la inexistencia de causas por las que se justifique la falta de subsanación del requerimiento de documentación administrativa de la oferta lo que le ha causado indefensión lo que, a juicio de la recurrente, constituye ya de por sí una causa de nulidad de pleno derecho. Asimismo solicita que se anule el acuerdo de exclusión entendiéndose que cumple los requisitos indicados en el PCAP ya que el requisito de disponer de red de comunicaciones de frecuencia propia homologada por la Dirección General de Telecomunicaciones era de imposible cumplimiento para las licitadoras, siendo únicamente la empresa adjudicataria o la actual titular del servicio las que podrían cumplir ese requisito.

El órgano de contratación remitió al Tribunal junto con el recurso interpuesto una copia del expediente administrativo y dos informes en cumplimiento de la exigencia a que se refiere el apartado 2 del artículo 46 del TRLCSP, uno del Jefe de la Policía Municipal y otro del responsable de contratación del Ayuntamiento, solicitándose en ambos la desestimación del recurso.

Cuarto.- Habiéndose concedido trámite de alegaciones a los interesados en la licitación, con fecha 24 de agosto se ha presentado escrito por la empresa Estacionamientos y Servicios S.A.U. (EYSA) que solicita la desestimación del recurso, considerando que no se produce la falta de motivación invocada por la

recurrente, que AUSSA no cumple el requisito exigido en el PCAP siendo extemporánea toda alegación relativa a la legalidad de las exigencias de los pliegos en este momento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- AUSSA ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto de trámite por el que se acuerda la exclusión del licitador en un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo del recurso, el artículo 40 del TRLCSP, permite la impugnación alternativa o bien del acto de exclusión o bien del acto de adjudicación de los contratos.

En este caso no se ha producido la notificación formal y específica del acto en el que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, si bien la misma manifiesta darse por notificada el 26 de julio de 2017, según aduce al comprobarlo en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Móstoles, por lo que el recurso interpuesto el día 27 de julio se presentó en plazo.

Quinto.- El recurso solicita que se deje sin efecto el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se inadmite la oferta de la recurrente, en tanto en cuanto no se ajusta a derecho y se pone de relieve que la falta de motivación del indicado acuerdo produce indefensión.

Como más arriba se ha indicado el órgano de contratación no está obligado a notificar cada uno de los actos que se producen durante la tramitación del procedimiento de licitación, sino que en virtud del principio de economía procedimental cabe la concentración en el acto que pone fin al procedimiento de todos los que se ha ido dando durante su íter.

Así, si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, y viceversa; tal y como se afirmaba en la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado: *“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato(...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”*.

A estos efectos debe considerarse que el acto se ha notificado formalmente cuando reúne los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, incluyendo no solo una motivación del mismo, sino también una indicación de los recursos que caben contra aquél.

En este caso la recurrente no puede invocar indefensión habida cuenta de la no obligatoriedad de la notificación del acto de exclusión, amén de que conoce cumplidamente las causas de su exclusión, como se desprende de la prolija

argumentación sobre las cuestiones materiales atinentes a la exclusión de su oferta en su recurso, por lo que no cabe estimar el recurso por este motivo.

Previamente a analizar el resto cuestiones de fondo planteadas conviene reiterar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Cabe recordar también que las exigencias correspondientes a los distintos elementos que confluyen en el servicio corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, debiendo el órgano de contratación adoptar las decisiones respecto de las ofertas presentadas a la vista de las exigencias de los pliegos.

En el presente caso el motivo que fundamenta el recurso es que a juicio de la recurrente el requisito de disponer de red de comunicaciones de frecuencia propia homologada por la Dirección General de Telecomunicaciones, era de imposible cumplimiento para las licitadoras, siendo únicamente la empresa adjudicataria o la

actual titular del servicio las que podrían cumplir ese requisito ya que el Ayuntamiento no ha especificado la cobertura territorial que debía tener la red, por lo que evidentemente no puede ser un requisito de solvencia vinculado al contrato la tenencia de una red de comunicaciones en otro territorio que no tenga cobertura en Móstoles o que no sea compatible con los equipos y red de la Policía Local de Móstoles. En este sentido manifiesta que efectuada consulta al órgano de contratación al respecto que por motivos de seguridad, se le contestó que tales datos únicamente serán comunicados a la empresa adjudicataria, lo que imposibilita a su juicio tener la indicada red de comunicaciones de frecuencia propia.

Por su parte el órgano de contratación en el informe emitido por el Jefe de la Policía Local afirma que la exigencia constituye un requisito imprescindible que debe cumplirse desde el primer día de la ejecución del contrato. El informe del departamento de contratación señala que frente a la declaración responsable de que en caso de ser adjudicataria se dispondría de la red de comunicaciones, la única documentación admisible para acreditar la exigencia del PCAP sería el certificado de asignación de frecuencia emitido por la Dirección General de Telecomunicaciones que sí que han aportado las otras dos licitadoras. Explica asimismo que el requisito en absoluto resulta de imposible cumplimiento puesto que la frecuencia propia de la adjudicataria será la que se utilice en la prestación del servicio y que si como afirma la recurrente la exigencia era de imposible cumplimiento debería haber impugnado los pliegos, cosa que no ha hecho, sabedora según se indica de no cumplía el requisito.

En el escrito de alegaciones de EYSA opone al recurso que es claro del tenor literal de la cláusula 12.A.6 del PCAP que se exige la disposición de la red de comunicaciones de frecuencia propia, por el licitador (no por el adjudicatario) y que la efectiva asignación de dicha frecuencia se debe acreditar mediante un certificado. Asimismo alega que AUSSA conocía la existencia de éste requisito de solvencia, como acredita el hecho de que el día 24 de mayo -fecha en la que aún restaba plazo suficiente para la interposición del recurso- efectuara preguntas en relación con la red de telecomunicaciones, y, aun así, no interpuso recurso especial contra los

Pliegos por contener un requisito de solvencia que a su juicio no se ajusta a derecho, lo que impide pronunciarse sobre la adecuación a derecho del requisito tal y como está planteado en el PCAP. Por último explica que el PPTP regula de forma clara los equipos que deben formar parte de la red, y su utilidad para la ejecución del Contrato. Así expone que una vez asignada una frecuencia, el titular de la misma la puede emplear para comunicaciones entre emisores y receptores, sean éstos personal propio (trabajadores de la grúa y el depósito, en éste caso) o terceros, como por ejemplo en éste caso el CINCO de la Policía Municipal, con independencia del equipo que se empleé, tal y como se desprende con claridad de diversos apartados del PPTP. Añade que el Ayuntamiento no requería una red propia homologada en la zona de ejecución del contrato, sino en cualquier parte del territorio español, pero ello no desvincula el requisito del objeto del contrato pues cualquiera que disponga de una red de éstas características en otra zona geográfica, podrá cumplir el requisito, por haber acreditado contar con la capacidad o solvencia para poder obtener una red en caso de resultar adjudicatario que será la empleada en el área geográfica del Contrato, cualquier concreción de la red al propio municipio de Móstoles, habría incumplido con los principios que rigen la contratación administrativa, al tratarse de un requisito de los llamados de *“arraigo territorial”*.

Expuestas las posiciones de las partes, cabe señalar en primer lugar que la recurrente no ha impugnado los pliegos, en concreto el PCAP por el que se rige esta licitación en cuanto a la cláusula 12.A, apartado 6 que bajo la rúbrica, Forma en la que deben contenerse las proposiciones, establece que dentro del sobre 1, se incluirá la siguiente documentación: *“El licitador deberá disponer de una red de comunicaciones de frecuencia propia, homologada por la Dirección General de Telecomunicaciones. La asignación de dicha frecuencia se acreditará mediante el certificado correspondiente”*. La literalidad de la cláusula no ofrece lugar a dudas sobre dos cuestiones, en primer lugar que el que debe disponer de una red de comunicaciones homologada es el licitador, no el adjudicatario del contrato como si se tratara de un supuesto de aportación de medios materiales que implica un *“plus de solvencia”*, ello exige que el requisito exista efectivamente en el momento de

presentación de las ofertas si bien su acreditación puede efectuarse en el trámite de subsanación una vez presentadas aquellas.

El segundo de los elementos que resultan indubitados en congruencia con el anterior y que lo refuerza es que el requisito debe acreditarse con un certificado expedido por la Dirección General de Telecomunicaciones.

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en vigor en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en el TRLCSP en esta materia, ni a lo previsto en su norma de desarrollo parcial, en su artículo 81 dispone que *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicara verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Según las normas citadas, la Mesa de contratación debe conceder plazo para subsanación de defectos detectados en la documentación administrativa presentada. En dicho trámite debe considerarse que la doctrina consolidada del Tribunal Supremo reconoce el principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública para lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos. Los artículos 22 y 27 de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y 84 y 87 del RGLCAP, otorgan facultades a la Mesa de contratación para adoptar en cada caso la decisión sobre la admisión o rechazo motivado de las proposiciones y la apreciación de defectos subsanables o insubsanables. Ello siempre con el límite, en salvaguarda del principio de igualdad de que el requisito exigido debe existir en el momento de la presentación de ofertas de acuerdo con el Informe de la Junta Consultiva 47/09, de 1 de febrero de 2010, que sostiene que *“puede concretarse en que se reconoce como*

subsanción, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación”.

En el caso que nos ocupa resulta evidente que la recurrente no acreditó en el trámite de subsanación la tenencia del requisito de forma adecuada puesto que aportó una declaración responsable, que no un certificado, de aportación en el caso de resultar adjudicatario, no de disposición efectiva.

Resta únicamente determinar la incidencia que sobre la presentación de la oferta pudo tener la pregunta planteada y su respuesta. Se acredita que con fecha 24 de mayo de 2017, dentro del plazo de impugnación de los pliegos como alega EYSA, se planteó la siguiente cuestión *“sobre los equipos de radiotransmisión para comunicación permanente con el CINCO de Policía y Depósito, entendemos que no hace falta solicitar frecuencia de uso ya que se usará el actual CINCO (centro integral de comunicaciones) existente ¿es correcto? Por otro lado para asegurar la compatibilidad de las emisoras que instalemos con las existentes sería interesante que nos facilitaran marca y modelo de las de la Policía y del Depósito, así como la banda UHF o VHF”*, consulta que fue contestada del siguiente modo: *“por motivos de seguridad tales datos solo serán comunicados a la empresa adjudicataria”*.

Del juego del contenido de las preguntas y respuestas y del contenido del PCAP pueden extraerse las siguientes conclusiones: que la recurrente ya se plantea la no necesidad de solicitar frecuencia de uso ya que se usará el CINCO, como informa el Jefe la Policía municipal, de manera que es indiferente conocer cuál es la frecuencia de uso del indicado Centro, lo que no excluye la necesidad de contar una red de comunicaciones de frecuencia propia homologada. Esta conclusión se apoya asimismo con el calificativo de *“propia”* asignado a frecuencia la red de comunicaciones exigida. En segundo lugar el modelo, marca y banda de las emisoras es indiferente para presentar la oferta ya que se comunicará a la

adjudicataria por motivos de seguridad, luego ello implica que no existe imposibilidad alguna de atender al objeto del contrato sea cual sea la frecuencia de emisión de la red de comunicaciones, a la que se adaptará el CINCO como explica el informe del Jefe de Policía. Por último todas estas circunstancias fueron conocidas por la recurrente dentro del plazo de presentación de recurso contra pliegos sin que fueran recurridos.

Por todo lo anterior procede desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto doña E.T.G., en representación de Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas, S.A. (AUSSA) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Móstoles de fecha 5 de julio de 2017 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio de Retirada y Depósito de Vehículos, en el Municipio de Móstoles” número de expediente: C/049/con/2017-010 (SARA), por los motivos señalados en el fundamento de derecho quinto.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión del Pleno del día 4 de agosto de 2017.

Tercero.- 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.