

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

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

**VISTA** la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de OHL Servicios-Ingosan S.A.U., contra el acuerdo de fecha 3 de julio de 2020 por el que se adjudican los lotes A, B, C y E del contrato de “Servicios de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid” número de expediente 6011700106, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 28 de junio de 2017 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia dividido en 5 lotes y con un solo criterio de valoración.

El valor estimado del contrato es de 202.587.990 euros, siendo el plazo de ejecución del contrato de cuatro años prorrogables por dos periodos de seis meses.

A la licitación se presentaron 5 ofertas.

Tras la tramitación del expediente, la Mesa de contratación acordó excluir a la empresa Ilunion de la licitación por haber presentado una oferta superior al presupuesto de la licitación, en uno de los lotes, lo que conlleva a la exclusión de todos ellos según se manifiesta en el cuadro resumen de condiciones particulares del pliego de condiciones.

Dicha exclusión fue recurrida ante este Tribunal quien consideró que la Mesa de contratación había obrado correctamente, desestimando el recurso, mediante Resolución nº 296/2017. Posteriormente procedió a recurrir la adjudicación, que fue inadmitida por este Tribunal mediante Resolución nº 384/2017

ILUNION Limpieza y Medioambiente, S.A., e ILUNION C.E.E. Limpieza y Medioambiente, S.A, (en adelante Ilunion) han recurrido dichas resoluciones ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual en su sentencia nº 254/2019, de fecha 10 de abril anuló las resoluciones del TACPCM nº 296/2017 y nº 384/2017, así como los acuerdos a que remiten, con la consiguiente retroacción del procedimiento en orden a la inclusión y valoración de las ofertas de la UTE ILUNION – ILUNION CEE, todo ello referido a los lotes A, B, C y E, dejando a salvo el lote D.

Metro de Madrid en ejecución de dicha sentencia procede a la retroacción del procedimiento, la inclusión de la oferta de Ilunion y tras la oportuna calificación y clasificación de éstas adjudica el contrato en fecha 3 de julio de 2020 a:

- Lote A: FERROSER
- Lote B: ILUNION
- Lote C: VALORIZA
- Lote E: CLECE

**Segundo.-** El 30 de julio de 2020, la representación de OHL Servicios-Ingesan S.A.U., (adjudicataria del lote D) presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes A, B, C y E, al considerar que esta nueva adjudicación transforma el plazo de duración del contrato que empieza a

contar desde el día de su formalización y por cuatro años más, lo que en la práctica lo extiende a ocho años de vigencia.

**Tercero.-** El 10 de agosto de 2020 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone 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.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados 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. Finalizado el plazo han presentado escritos las empresas Ilunion, Valoriza, Ferroser y Clece.

**Quinto.-** La tramitación del expediente de contratación correspondiente a los Lotes A, B, C y E del contrato de servicios de referencia se encuentra suspendida por haberse impugnado el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que el lote restante se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), y 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 ha solicitado el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto a 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), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDLSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Especial consideración merece el estudio de la competencia de este Tribunal para conocer lo que en esencia es una controversia producida por la ejecución de una sentencia. Existe una corriente doctrinal que considera que los Tribunales Administrativos de Contratación son incompetentes para examinar si las sentencias judiciales se han cumplido correctamente o no, pues ello invadiría el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales, únicos competentes con arreglo al art. 117.3 de la Constitución, para juzgar y ejecutar lo

juzgado, de modo que solo a través de un incidente de ejecución, ante el juzgado sentenciador (artículos 103.1 y 109 de la ley 29/1988 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), puede esa recurrente suscitar contienda sobre los términos de la ejecución de la sentencia. En dichos términos se ha expresado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 485/2020 de fecha 2 de abril.

No obstante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2018 (STSJ M 3295/2018), en un supuesto con similitudes al que ahora nos ocupa, señala lo siguiente: *“Resta tan solo añadir que las controversias derivadas de esta retroacción de actuaciones, en la medida en que van a suscitar cuestiones que no han sido objeto de análisis y enjuiciamiento en el presente Recurso, si las partes afectadas las consideran contrarias a Derecho, no podrán plantear sus discrepancias en incidente de ejecución de Sentencia de este Recurso, sino que deberán promover los recursos administrativos y en su caso jurisdiccionales que estimen procedentes”*.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con el artículo 46.1 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.** - Especial mención merece la legitimación del recurrente. El criterio del legislador tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio.

En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008, expone lo siguiente: *“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo (art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98) que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004)”*.

En relación con la concurrencia de “interés legítimo”, la jurisprudencia en España exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (Sentencia de Tribunal Constitucional 60/82, y 257/88, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre, recuerda que en la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, considerando incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta. De ahí deduce la Sentencia que negar la legitimación de la

recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En esta línea interpretativa, en el concreto caso que nos ocupa el recurrente mantiene una posición de efectivo potencial licitador en próximas convocatorias. No se trata de analizar una expectativa del derecho a ser adjudicatario, como ocurre en otras reclamaciones o recursos, sino bien al contrario defender su condición de licitador y considerar un perjuicio cierto que la actual adjudicación del servicio de limpieza de las estaciones del Metro de Madrid, cierre al mercado, durante un plazo que considera ilícito perjudicando con ello la participación de las empresas del sector en una nueva convocatoria, es decir que atente contra la libre competencia.

Además, se ha de advertir que el fondo del recurso puede entrañar una modificación contractual no prevista en el PCAP y susceptible de licitación individualizada, por lo que el recurrente también estaría legitimado en la misma posición anteriormente mencionada, es decir de potencial licitador.

Por todo ello podemos considerar que el recurrente como potencial licitador se encuentra legitimado para iniciar esta reclamación de conformidad con el art. 48 de la LCSP que establece que estarán legitimados para interponer recurso especial en materia de contratación aquellos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o 3indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*.

Se acredita la representación suficiente del firmante del recurso

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 3 de julio de 2020 y notificado el 9 de julio, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 30 de julio, 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.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso OHL mantiene su disconformidad con las adjudicaciones efectuadas por el órgano de contratación en fecha 3 de julio, en base a la duración de los nuevos contratos consecuencia de la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Antes de analizar los motivos de recurso se ha de poner de manifiesto que esta controversia debe dilucidarse a la luz de las Directivas Europeas en materia de contratación pública al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. En esta línea es imprescindible acudir en primer lugar a la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, dicha normativa basa su razón de ser en lo que ha venido denominándose las potestades de restitución y de resarcimiento, que como su propio nombre indica deben alcanzar la restitución de la legalidad y resarcimiento de los perjuicios causados por errores o defectos en la adjudicación de los contratos.

Junto con este principio debemos invocar el artículo 36.1 de la Directiva 2014/25/UE que recoge los “Principios de la contratación” en materia de contratos de los denominados sectores especiales, en los siguientes términos: *“Las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”*.

Desde este punto de vista, el artículo 54.1 del RDLSE establece que *“la duración de los contratos de las entidades contratantes deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas”*.

Desde esta realidad sustantiva vamos a analizar las pretensiones de la recurrente, que centrando su posición se reducen a la inadecuada duración de la adjudicación de los lotes A, B, C y E del contrato que nos ocupa basada, como ya hemos mencionado, en la ejecución de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en sentencia nº 254/2019, de fecha 10 de abril

Mediante la resolución judicial mencionada se obtiene por parte de Ilunion la anulación de la exclusión de su oferta y en consecuencia su consideración a la hora de valorar las ofertas presentadas al contrato de servicio de limpieza de las estaciones del metro de Madrid, lotes A, B, C y E.

Llegado a este punto afirmamos que corresponde al órgano de contratación adoptar los acuerdos precisos y necesarios para la correcta ejecución de la sentencia dictada, siendo en consecuencia el encargado de restituir la legalidad.

La actuación del órgano de contratación fue correcta en cuanto a determinar que ofertas debían ser las primeras clasificadas y por ende en su momento las adjudicatarias, pero desde el punto de vista del recurrente y de Ilunion, verdadero actor en este proceso, erró al determinar las condiciones de dicha adjudicación.

El órgano de contratación considera que la sentencia del TSJ de Madrid, anula la adjudicación efectuada en 2018 y por lo tanto hace desaparecer todas las actuaciones desde el momento en que se adopta Acuerdo por la Mesa de Contratación por el que se excluye a Ilunion del procedimiento de licitación.

En consecuencia el tiempo transcurrido entre ese momento y la nueva adjudicación no consume el plazo del contrato que nos ocupa, por lo que la nueva adjudicación acordada el 3 de julio de 2020 será el *dies a quo* de la duración del contrato. Para reforzar su opción invoca numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia e informes doctrinales. Esta misma interpretación es seguida por Ferroser.

Se ha de poner de manifiesto que las adjudicaciones formalizadas a favor de Ferroser, Valoriza y Clece por los lotes A, C y E no fueron anuladas ni suspendidas durante el periodo que transcurre entre su rúbrica y la actualidad, ejecutando en consecuencia el servicio objeto de este contrato.

Invocan ambas mercantiles la Sentencia del Tribunal Supremo 1466/2019 de fecha 28 de octubre, que por su especial importancia analizaremos posteriormente.

Retomando los motivos de la reclamación, OHL pretende que la adjudicación de todos los lotes se inicie en la fecha primigenia esto es, el 15 de enero de 2018 momento en que se formalizaron las aludidas adjudicaciones acordadas el 2 de noviembre de 2017; reafirma su postura invocando numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

La situación descrita debemos analizarla, como anteriormente hemos mencionado, bajo los principios básicos europeos de restitución de la legalidad vigente y los nacionales de conservación de los actos. En cuanto al primero de ellos y refiriéndonos a los lotes A, C, y E que no ven alterada su adjudicación, la acción restitutoria carece de sentido, ya que no hay nada que restituir. Recordemos que tanto Ferroser, como Valoriza como Clece ejecutan respectivamente un lote del contrato desde la fecha mencionada de febrero de 2018.

En este caso es evidente la aplicación práctica de la teoría de la conservación de los actos y los principios de economía procesal. Principios ambos reconocidos en el art. 51 de la LPACAP y en diversas resoluciones judiciales vinculadas a la anulación de procedimientos en pública concurrencia, que son coherentes también con la Jurisprudencia relativa a la ejecución de sentencias, que señala que toda ejecución debe estar presidida por el principio de economía procesal y una óptica finalista. Sirva de muestra de lo anterior la Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 (STS 1137/2012), que recoge las reglas en la materia: *“(...) la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias de 21 de mayo de 1980, 28 de julio de 1986 y 5 de abril de 1989) ha puesto de manifiesto, con cobertura en el citado principio de economía procesal, la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que hubiera de dictarse, una vez subsanado el correspondiente defecto formal, tuviera que ser idéntico, en sentido material, al dictado con anterioridad”*.

Por el contrario, a lo expuesto, entender que la ejecución de la sentencia del TSJ de Madrid, debe beneficiar a estos adjudicatarios sería admitir la modificación de sus aún vigentes contratos y la obtención de un enriquecimiento injusto.

Modificación contractual que no está prevista en el pliego de condiciones particulares para la contratación (PCPC) y que no responde al régimen legal de modificaciones contractuales no previstas, por lo que esta modificación sería inválida al poder ser objeto de una nueva licitación, motivo por el cual este acto es recurrible ante este Tribunal por OHL, de conformidad con el art. 44.2 d).

El órgano de contratación manifiesta que en la ejecución de la sentencia ha seguido los principios recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo 1466/2019 de 28 de octubre de 2019 invocada también por Ferroser y Valoriza en sus respectivos escritos de alegaciones.

Dicha Resolución del Alto Tribunal resuelve la ejecución de sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 16 de mayo de 2016 y dictada en el recurso 371/2014, estimándola parcialmente. Los fundamentos de hecho de ese asunto son muy similares a los que nos ocupan, una licitación dividida en tres lotes, en los que dos se adjudican sin incidencia alguna pero el tercero es recurrido por licitador legitimado, llegándose al cambio de adjudicatario en este tercer lote. También coincide en que los adjudicatarios han venido prestando el servicio, en este caso bajo el régimen de concesión desde el momento inicial. Pues bien, esta sentencia en cuanto a los lotes que tras la nueva clasificación de ofertas no ven alterado su adjudicatario, procede a la conservación de los actos y entiende que el plazo de la concesión para estos fue el que marcó la primera e inicial adjudicación allá por 1993, no viéndose prorrogada, alterada o en definitiva incrementada la duración de estas concesiones. Distinto tratamiento dispensa al adjudicatario que ha ganado su adjudicación por sentencia judicial, considerando en este caso que la concesión debe otorgarse desde el momento de su adjudicación por ejecución de sentencia y por el plazo total que se marcaba en el PCAP, esto es 30 años, por lo que se extenderá desde su formalización hasta 2039.

Se ha de advertir que para que una sentencia cree jurisprudencia tal y como el propio Tribunal Supremo ha manifestado históricamente debe versar sobre un asunto general y ser reiterada. En este caso, la sentencia trata de una concesión de servicios, contrato muy distinto al de servicios, básicamente por el riesgo operacional que asume el contratista y que puede verse puesto en peligro ante una reducción drástica del plazo concesional. Por otro lado, ni el propio Tribunal Supremo nombra otra sentencia similar, ni invocan las partes otra jurisprudencia que convierta en reiterada la interpretación que se efectúa en la Sentencia de 28 de octubre de 2019.

Este Tribunal considera a la vista de todas las manifestaciones efectuadas anteriormente que en los casos de anulación de la adjudicación tanto por este Tribunal como por otros Órganos Judiciales, debe primar la conservación de los actos y evitar la modificación de los elementos esenciales del contrato, como puede

ser el plazo, en aras de respetar los principios esenciales de la contratación pública en concreto la libre competencia y la igualdad entre licitadores, evitando en consecuencia el enriquecimiento injusto del adjudicatario.

Por su parte y en relación con el lote B, que sí se ve afectado con la nueva clasificación de ofertas y a la postre con la consiguiente adjudicación, cierto es que no existe una interpretación unánime sobre la ejecución de este tipo de sentencias, como ya hemos visto.

Siguiendo la Directiva 89/665/CEE y jurisprudencia relacionada, la restitución en la contratación pública solo puede acometerse a través de las indemnizaciones por los servicios que han dejado de prestarse, retomando la ejecución en el momento que cambia el adjudicatario y hasta el fin de plazo que marcaba el pliego de condiciones.

De ahí que junto con el principio restitutorio aparezca el principio resarcitorio, como vehículo para alcanzar las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a aquel que se ha visto privado de la ejecución del contrato que le correspondía.

Este principio se basa en la concepción sustantiva de la duración de los contratos que se constituye como una de las materias con más importancia dentro de la contratación administrativa. Efectivamente, en materia de contratación pública tienen una especial incidencia respecto a los principios de igualdad y de concurrencia que proclama la Directiva reguladora de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, y que están recogidos en los arts. 1 y 132 de la LCSP, así como en el artículo 19 de la LCSE de aplicación al contrato *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”* (también recogidos con otra redacción en el actual artículo 27.1 del RDLSE).

Desde un punto de vista general, la regulación legal de la duración máxima de los contratos públicos y de sus prórrogas inciden directamente en el equilibrio que debe existir entre los mencionados principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores y el de buena administración, y dentro de éste último, la armonía entre la prestación de un servicio público y la gestión de los recursos económicos, circunstancia que se traduce en la necesidad, y obligación, de la entidad contratante de planificar sus contrataciones, planificaciones que también interesan a los potenciales licitadores que en grandes contratos de licitaciones sucesivas, forman parte de sus objetivos empresariales.

Es importante también que los licitadores conozcan perfectamente los plazos de ejecución del contrato con el fin de que sus ofertas se adecuen a los tiempos y en consecuencia no se produzcan posteriormente desequilibrios financieros, máxime en la actualidad con la desaparición de la revisión de precios en los contratos de servicios.

Esta última reflexión alcanza su mayor exponente en los contratos de mano de obra masiva, como el que nos ocupa, en los cuales la variación de las condiciones salariales de los trabajadores durante varios años, pueden alterar de forma sustancial el presupuesto inicial del contrato y en consecuencia las ofertas económicas presentadas.

Por todo ello es la posición doctrinal de este Tribunal que la ejecución de una sentencia que altere la adjudicación de un contrato o de uno de sus lotes no altera por sí misma la duración de dicho contrato, debiendo acudir a la figura de la indemnización por los perjuicios causados a favor del nuevo adjudicatario que gozará de la ejecución por plazo inferior al inicialmente previsto.

Siendo esta la posición doctrinal de este Tribunal, hemos de indicar que Ilunion en su escrito de alegaciones manifiesta que considera que su adjudicación alcanzará el resto del plazo del contrato a la luz de lo establecido en el Pliego, solicitando en consecuencia una indemnización por los perjuicios sufridos. Adelanta asimismo que en caso de que el órgano de contratación pretenda ejecutar la sentencia de forma distinta interpondrá ante el TSJ de Madrid un incidente de ejecución, acciones que no se han llevado a cabo por la suspensión automática del procedimiento por la interposición del recurso que nos interesa.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria el recurrente no entra en su recurso a recurrir ni aludir a este tema, por lo que en base al principio de congruencia, este Tribunal no se manifiesta sobre dicho extremo.

Por todo ello este Tribunal debe estimar el recurso formulado por OHL en cuanto a la duración de las adjudicaciones de los contratos de los lotes A, B, C y E del contrato de servicio de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid, siendo la fecha de 15 de enero de 2018 correspondiente a la formalización de los contratos aun hoy vigentes, y en cuanto al lote C la adjudicación a Ilunion será por el plazo que resta hasta la terminación de éste de conformidad con lo establecido en el Pliego, procediéndose a indemnizar a este adjudicatario por el tiempo de ejecución no disfrutado.

**En su virtud**, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.-** Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de OHL Servicios-Ingesan S.A.U., contra la adjudicación de los lotes A, B, C y E del contrato “Servicios de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid”, número de expediente 6011700106, en los términos desarrollados en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

**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.-** Dejar sin efecto 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.

**VOTO PARTICULAR A LA RESOLUCIÓN 260/2020 DE 1 DE OCTUBRE DE LA RECLAMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 196/2020, FORMULADO POR D<sup>a</sup> ROCÍO ALCOCEBA MORENO, VOCAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID AL QUE SE ADHIERE EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL D. LAUREANO PELAEZ.**

Con respeto a la Resolución estimatoria adoptada por el TACP en la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de OHL Servicios-Ingesan S.A.U. (en adelante OHL), contra la adjudicación de los Lotes A, B, C y E del contrato “Servicios de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid”, manifiesto mi completo acuerdo con la estimación de la reclamación planteada por OHL frente a la adjudicación efectuada por Metro de Madrid S.A. de los lotes A, C y E, en los términos desarrollados en el fundamento de derecho quinto de la resolución de referencia, sin perjuicio de hacer constar mi discrepancia con la estimación de la reclamación en relación a la adjudicación *ex novo* del Lote B a la empresa Ilunion Limpieza y Medioambiente, S.A., e Ilunion C.E.E. Limpieza y Medioambiente, S.A, por considerar que debería ser desestimatoria por los fundamentos que se exponen a continuación.

Ilunion resulta adjudicataria del Lote B del contrato de servicios de referencia por acuerdo del órgano de contratación de 3 de julio, publicado el 9 de julio de 2020, en ejecución de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 254/2019 de 10 de abril, que falla la anulación de las impugnadas Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre y de 21 de diciembre de 2.017, así como de los Acuerdos de 29 de agosto de 2017 y de 2 de noviembre de 2017 de “Metro de Madrid, S.A.” a que remiten, con el efecto de retrotraer las licitaciones de los Lotes A, B, C y E, a fin de que por el órgano de contratación se admitan y valoren las correspondientes ofertas presentadas por las mercantiles actoras.

El lote B es el único en el contrato de referencia que resulta afectado por la nueva clasificación de ofertas y en consecuencia por la adjudicación impugnada. La adjudicación a Ilunion se efectúa por el importe ofertado por la UTE de 40.504.051,37 €, por el plazo de ejecución de cuatro años previsto en el Pliego de Condiciones Particulares del Contrato (PCPC).

En la LCSE es claro que el plazo es un contenido esencial del contrato en virtud de lo dispuesto en su artículo 53.1.g) al establecer que los contratos que se celebren necesariamente deben incluir *“La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas”*, añadiendo en su apartado 2 que *“El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos de condiciones. Tales derechos y obligaciones se concretarán, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario o resultarán de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento”*.

En el presente supuesto con la retroacción de las actuaciones y la adjudicación del contrato del Lote B a Ilunion, tras la admisión de su oferta y la valoración de las proposiciones presentadas, en los términos licitados y ofertados, Metro está cumpliendo con lo dispuesto por el TSJM en su sentencia nº 254/2019, de fecha 10 de abril, relativa a la indebida exclusión de su oferta al citado contrato. Por tanto, con la adjudicación del contrato en las condiciones previstas en la licitación y los pliegos se resarce a Ilunion de la infracción observada en el procedimiento de contratación, restituyéndole en su derecho de ser adjudicatario del lote, y sin que en principio corresponda indemnización alguna, que no se desprende de la normativa contractual ni se ha establecido en la sentencia del TSJM.

El artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE que regula los Requisitos de los procedimientos de recurso, en su redacción modificada por Directiva 2007/66/CE de

11 de diciembre, prevé en su apartado 1.c) la posibilidad de “*conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción*”. Posibilidad que permite resarcir a aquel que se ha visto privado de la ejecución del contrato que le correspondía, indemnizándole de los daños y perjuicios que se le hayan causado, previsión lógica y necesaria para aquellos supuestos en los que no resulta posible reparar la infracción cometida en el procedimiento.

La posibilidad de indemnización prevista al recurrente tiene todo el sentido del mundo en aquellos contratos en que no se puede retrotraer lo ya ejecutado, como sucede con carácter general en los contratos de obras, en adquisiciones puntuales de un determinado producto, o en algunos tipos de contrato de servicios como pueden ser los de resultado, a título de ejemplo se pueden mencionar las redacciones de proyecto de obras o la realización de estudios, pero no resulta tan claro en este tipo de servicios de prestación continuada como pueden ser los de limpieza, seguridad etc., en los que no hay problema en que el nuevo adjudicatario cumpla la ejecución del contrato según la duración establecida en el PCPC.

En el contrato impugnado no se da la circunstancia de que no se pueda ejecutar en los términos establecidos en los pliegos de condiciones y en la oferta presentada por el adjudicatario, por lo que no parece ineludible ni necesario plantear una ejecución alternativa modificando el plazo de ejecución previsto en el PCPC y estableciendo una indemnización no determinada en la ley ni en la sentencia que se ejecuta.

No existe una interpretación unánime sobre la ejecución de este tipo de sentencias, como se expone en el fundamento de derecho quinto de la resolución de este Tribunal a la reclamación presentada por OHL. No obstante, el órgano de contratación apoya la resolución de adjudicación en dos recientes fallos judiciales que avalan su decisión de reconocer al nuevo adjudicatario su derecho en las mismas condiciones que los demás, incluido el periodo de duración del contrato, sin establecer indemnización por no haber devenido imposible ejecutar el fallo de la

sentencia en sus propios términos, como son la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta), de 28 de octubre de 2019, y la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso), sec. 3ª, de 10 de diciembre de 2018.

A estos efectos se ha de destacar que Ilunion, el adjudicatario del Lote B, no ha presentado recurso a la adjudicación del contrato.

En todo caso por tratarse de una adjudicación efectuada en ejecución de sentencia se ha de recordar lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA) que al regular la competencia y obligaciones de las partes dispone que *“1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia. 2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent”*. Igualmente se desprende de lo dispuesto en el artículo 105 de la LJCA que, de concurrir causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, compete al Juez o Tribunal apreciar la concurrencia o no de dichas causas y adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso, por el trámite de los incidentes, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Competencia de la jurisdicción contenciosa clarísimamente establecida en el apartado 2 del artículo 108 de la LJCA al determinar que *“Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento”*. Asimismo, al regular las Cuestiones incidentales el artículo 109.1 prevé que *“La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la*

*ejecución...”.*

Por lo expuesto, considero que debe desestimarse la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de OHL Servicios-Ingosan S.A.U., contra la adjudicación del lote B del contrato “Servicios de limpieza de las estaciones de Metro de Madrid”, por no quedar acreditado que el órgano de contratación incumpla los preceptos de la LCSE, ni la sentencia nº 254/2019, de fecha 10 de abril del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y no considerar vulnerados los Principios de la contratación recogidos en el artículo 19 de la LCSE de aplicación al contrato *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”* (también recogidos con otra redacción en el actual artículo 27.1 del RDLSE). En todo caso, corresponde a la jurisdicción contenciosa determinar si la Sentencia emitida se ha ejecutado en sus términos por el órgano de contratación y/o si procede indemnización.