

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

En Madrid, 27 de septiembre de 2017.

**VISTA** la cuestión de nulidad planteada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra el Acuerdo de Metro de Madrid, S.A., de 9 de agosto de 2017, por el que se adjudica el contrato de servicio denominado “Servicio de instalación de dispositivo de detección de ausencia de escalón en escaleras mecánicas Thyssen de la red de Metro de Madrid”, número de expediente 6011700073, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 17 de agosto de 2016, se elaboró por el Servicio de Ingeniería de mantenimiento de Instalaciones y Comunicaciones de Metro de Madrid, la memoria justificativa y propuesta de contratación del servicio mencionado, a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 c) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, LCSE, constando en la memoria: “Proveedor único al ser la empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.L.U., fabricante de las escaleras mecánicas”. El valor estimado del contrato asciende a 923.445 euros.

**Segundo.-** Con fecha 4 de mayo de 2017, se solicitó oferta a la empresa

Thyssenkrupp Elevadores, S.L.U. (Thyssen) y el 9 de agosto de 2017, se le adjudica el contrato.

La adjudicación fue publicada con fechas 9 y 10 de agosto de 2017, en el DOUE y el Perfil de Contratante de Metro de Madrid.

**Tercero.-** El 29 de agosto de 2017, tiene entrada en el Tribunal escrito de la representación de Zardoya Otis, S.A., en el que interpone cuestión de nulidad contra el Acuerdo de adjudicación, alegando que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido ya que el contrato debería haberse licitado como abierto.

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

**Cuarto.-** El día 7 de septiembre de 2017, se recibe en el Tribunal copia del expediente administrativo y el informe establecido en el artículo 111.5 d) de la LCSE.

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

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

Ha presentado escrito de alegaciones Thyssen, en el que argumenta, en síntesis, que la recurrente mantiene que el objeto del contrato puede ser realizado por cualquier empresa pero sin aportar ninguna explicación o base alguna al

respecto y además se ha de tener presente que la Memoria dispone *que “que este servicio sólo puede efectuarlo correctamente la Empresa fabricante de la Escalera Mecánica (esto es, THYSSENKRUPP) ya que requiere el acceso a la documentación técnica de bajo nivel propietaria, conocimientos en el automatismo y maniobra del software de control (sólo dispone de la información el fabricante), repuestos específicos y exclusivos fabricante y experiencia para el diagnóstico y resolución de reformas de alta complejidad técnica.”* Por todo ello solicita la desestimación de la cuestión de nulidad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 101.1 a) de la LCSE y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

**Tercero.-** El acto respecto del que se plantea la cuestión de nulidad es el Acuerdo de 9 de agosto de 2017, por el que se adjudica un contrato de servicios del artículo 10 de la LCSE incluido en el Anexo II A de la misma, sujeto a regulación armonizada y por lo tanto, susceptible de planteamiento de la cuestión de nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1 y 16 de la LCSE.

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

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

El Acuerdo de adjudicación fue publicado en el DOUE el 10 de agosto de 2017, por lo que en la cuestión de nulidad interpuesta el 29 de agosto, se encuentra dentro del plazo legal establecido.

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

El órgano de contratación en su informe aduce que los trabajos previstos suponen *“servicios de desarrollo de software de control industrial y de instalación de equipos eléctrico y mecánico que necesita METRO DE MADRID, S.A. para dotar a las escaleras mecánicas Thyssen de un dispositivo de detección de ausencia de escalón”*.

Asimismo, señala que en la Memoria consta que *“las escaleras mecánicas cuentan con declaración de conformidad CE (directiva de máquinas 2006/42/CE y EN115), se determina que si el repuesto es el mismo y viene incluido en los servicios del alcance, se conserva la certificación original y la escalera conservará el CE de diseño. En caso que se modifique la operativa original de la maniobra de la escalera, esto representaría un cambio significativo en el funcionamiento y operación de la máquina. Como la escalera mecánica es auto-marcado CE, se debería emitir una declaración de conformidad cada vez que se efectúe una intervención de esta índole. Cualquier cambio significativo en los grandes componentes, operación/maniobra o circuitos de seguridad de una máquina compromete su declaración de conformidad CE, por lo que se clasifica esta licitación como a proveedor único, siendo el fabricante de la Escalera la Empresa.”*

Añade el informe que las CPVs incluidas en el PPT, identifican los trabajos como de reparación y mantenimiento de escaleras mecánicas *“Sin embargo, los trabajos que se contratan no son un mantenimiento, tal y como puede apreciarse en las especificaciones y detalles del contenido del Pliego de Prescripciones Técnica -a diferencia de los trabajos cuya adjudicación fue objeto de la cuestión de nulidad nº*

*77/2017, también planteada por ZARDOYA OTIS, S.A. frente a la adjudicación del contrato de servicio de reacondicionamiento de 123 ascensores marca KONE que, quizás, sí que pudiesen ser calificados como de mantenimiento.”*

Comprueba el Tribunal que en el Pliego de Prescripciones Técnicas, apartado Descripción General de los Trabajos, se incluyen las siguientes actividades:

*“Preparación de las zonas de trabajo y almacenamiento de materiales mediante el empleo de cerramientos y señalización adecuada.*

- *Suministro de los materiales específicos que componen el dispositivo de detección de ausencia de escalón/placa descrito en el apartado anterior, así como todos aquellos materiales auxiliares que sean necesarios para instalar el nuevo dispositivo a las escaleras existentes.*

- *Montaje de los nuevos elementos, adaptación de la maniobra eléctrica si fuera necesario y modificación del software del PLC/TARJETAS de control, equipos de diagnóstico e interfaces hombre-máquina, etc. para poder visualizar la avería correspondiente a este dispositivo en los elementos de diagnóstico existentes en cada modelo de escalera.*

- *Sustitución de los esquemas eléctricos por otros nuevos con inclusión de las modificaciones realizadas para montar el nuevo dispositivo.*

- *Elaboración y entrega de una memoria técnica que incluya la información requerida en el apartado 5.4.*

- *Pruebas de conformidad y puesta en servicio de la instalación”.*

Estos trabajos en tanto en cuanto implican la instalación de nuevos elementos, modificación del software y sustitución de esquemas eléctricos, parece que exceden de un trabajo de mantenimiento habitual de las escaleras, incluyendo una modificación de determinados sistemas de las mismas.

La recurrente en su escrito no argumenta sus alegaciones, limitándose a indicar que *“es palmario que dicho objeto y prestación puede ser satisfecha por miles de empresas dedicadas a estas labores”*, sin embargo lo que podía ser evidente respecto del mantenimiento de los ascensores, no lo es cuando se trata de

introducir un sistema de seguridad en unas escaleras instaladas por determinado fabricante.

El artículo 59 c) de la LCSE, así como el 170.d) del TRLCSP, exige que *“por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos el contrato solo pueda ser ejecutado por un operador económico”*.

En este caso la recurrente no ha aportado evidencia o explicación alguna que permita al Tribunal desvirtuar la afirmación de Metro y de Thyssen, en cuanto a los aparentes derechos exclusivos del contrato a su favor, como fabricante de las escaleras que se van a modificar.

Como señala el Acuerdo 47/2015, de 17 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, *“En nuestro ordenamiento jurídico, es lo mismo no tener un derecho, que tenerlo y no poder probarlo. Es al licitador, hoy recurrente, a quien le corresponde demostrar la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, contrario a la forma prescrita por la ley, en este caso al PPT. La carga de la prueba es la obligación procesal del deber de demostrar un hecho, e incumbe al recurrente. Quien tiene la carga de la prueba, es quien ha de demostrar el incumplimiento de la Ley. Este principio general de todo procedimiento contradictorio, se desprende del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es el denominado “onus probando” y su fundamento es que si el recurrente denuncia, o imputa, al órgano de contratación, un determinado incumplimiento legal (en este caso la aplicación incorrecta de los pliegos de la licitación), debe demostrarlo.”*

La carga de la prueba compete al alegante por lo que, en este caso, debió ser Zardoya Otis, S.A. quien expusiese las argumentaciones que considerase oportunas para llevar al convencimiento del Tribunal que las actividades a contratar pueden ser realizadas por cualquier empresa del sector, como afirma en su escrito.

No ha sido así y la recurrente se ha limitado a citar la Resolución del Tribunal 92/2017 de 22 de marzo, que se refiere a un supuesto distinto, mantenimiento de ascensores que, como hemos visto, no es análogo al aquí planteado.

En consecuencia, procede desestimar la cuestión de nulidad interpuesta.

**En su virtud**, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101.1 a) de la LCSE y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar la cuestión de nulidad formulada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra el Acuerdo de 9 de agosto de 2017, de Metro de Madrid, S.A., por el que se adjudica el contrato de servicio denominado “Servicio de dispositivo de detección de ausencia de escalón en escaleras mecánicas Thyssen de la red de Metro de Madrid”, número de expediente 6011700073.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 111.e) de la LCSE.

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

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