

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2020.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de Kone Elevadores S.A., contra la adjudicación a Schindler, S.A por Metro de Madrid del contrato “Suministro de sustitución de cadenas de peldaños de 10 escaleras mecánicas de la marca Schindler”. Nº Expediente: 6011900414, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 3 de diciembre de 2019, con un valor estimado de 526.108 euros. Y el mismo día en el Diario Oficial de la Unión Europea.

De las siete empresas que mostraron interés finalmente presentaron oferta la adjudicataria y la recurrente, que presenta su recurso el 11 de junio, fundado en incumplimientos técnicos de Kone Elevadores S.A. (en adelante Kone). La puntuación final es Kone: 100 puntos. Schindler: 93,98 puntos.

Con fecha 13 de mayo de 2020, Metro de Madrid acordó la adjudicación del

contrato derivado de la licitación a la empresa Kone. Con fecha 21 de mayo de 2020, se comunicó a las empresas participantes en la licitación la adjudicación de la licitación.

En fecha 8 de julio este Tribunal estima la reclamación de Schindler, S.A contra la adjudicación por incumplimiento de las prescripciones técnicas por Kone, y en concreto de los puntos 4 y 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas que exigía la especificación en la oferta técnica de la marca, modelo y características de la cadena de peldaños ofertada.

En ejecución de la Resolución 159/2029 de este Tribunal el Órgano de contratación excluye a Kone y adjudica el contrato al otro licitador Schindler.

En fecha 29 de septiembre Kone presenta recurso contra esta adjudicación, solicitando en el petitum:

“Que tenga por presentado el presente RECURSO especial en materia de contratación, dentro del plazo legalmente establecido para ello, y en base a lo dicho considere que no se ha respetado el pliego de cláusulas administrativas, ni la normativa vigente en esta materia, y por tanto el hecho de haber excluido a mi representada bajo el argumento de que el producto ofertado no cumplía con las especificaciones del pliego debe ser revisado, así como la posterior adjudicación en favor de la mercantil SCHINDLER, debe ser anulada y retrotraer el concurso a la fase previa a la valoración de las ofertas presentadas, procediéndose a valorar nuevamente las ofertas presentadas, emitiéndose un nuevo informe de valoración suficientemente motivado (elaborado por técnicos diferentes en el que se analicen nuevamente y detalladamente las características técnicas de las ofertas presentadas determinando si el producto ofertado por mi representada es similar al presentado por la mercantil SCHINDLER), y se proceda a adjudicar el concurso a la oferta que cumpliendo con las especificaciones técnicas, finalmente obtenga la mayor puntuación de conformidad con los criterios establecidos por el propio pliego”

Segundo.- El 8 de octubre de 2020 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 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 (en adelante LCSP). A tenor del artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no es menester dar alegaciones a Schindler, porque sería reproducir las del primer procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero (en adelante RD-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.- Kone, que ha sido excluida de la licitación en cumplimiento de la resolución de este Tribunal recurre contra la adjudicación. Afirma haber recurrido en vía contencioso-administrativa esa Resolución.

Al respecto alega la Administración que estando excluida del procedimiento mientras no se resuelva el recurso contencioso administrativo a su favor carece de legitimación para recurrir, por no poder nunca ser eventualmente adjudicataria del procedimiento. No obstante, los Tribunales Administrativos de Contratación admiten legitimación al licitador excluido para reclamar que el procedimiento quede desierto cuando solo hay dos licitadores, pudiendo así eventualmente resultar adjudicatario en nueva licitación. En este sentido, podría tener interés legítimo en el procedimiento, conforme al artículo 48 de la LCSP, que la reconoce a aquellos “*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*”.

A pesar de ello, no es la declaración de desierto lo que demanda Kone sino la revisión de la adjudicación a Schindler e implícitamente la revisión de nuestra

resolución citada de fecha 8 de julio, procediendo a nueva adjudicación presumiblemente a su favor que ya obtuvo la máxima puntuación en la anterior adjudicación.

En este sentido, no se encuentra legitimada porque no desarrolla argumento alguno en cuya virtud Schindler debiera ser excluida, como se desarrolla a continuación y el procedimiento pudiera quedar desierto.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso, tras trámite de subsanación.

Tercero.- La reclamación se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 21 de septiembre de 2020, y el recurso presentado el 29 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles prescrito por el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- La reclamación se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro de importe superior a 428.000 euros, cabiendo la reclamación a tenor de los artículos 119.2. c) y 1 del RD-LCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo de la reclamación, esta se basa en el cumplimiento por Kone de las prescripciones técnicas, y en concreto de la exigencia por la que fue excluida por la Administración en ejecución de nuestra resolución de 8 de julio, es decir, la indicación de marca, modelo y características de la cadena de peldaños ofertada.

Se afirma por un lado que el Pliego no exige la indicación en la oferta técnica de esas especificaciones y por otro que a su pesar sí se indicaron.

Debe señalarse que en la reclamación 121/2020, recurso 159/2020, en ningún caso se alegó que se hubiera presentado esa especificación en la oferta técnica, ni por Metro de Madrid ni por Kone. Tal y como se recoge en la misma:

“Respecto del modelo de cadena autolubricada se señala por el Órgano de contratación que la única información conocida y requerida es si se trata de un modelo de cadena estándar (requiere engrase) o autolubricada (no requiere engrase), y la carga de rotura de la cadena (en kN).

Al respecto la adjudicataria afirma que el Pliego de Prescripciones Técnicas no incluye esa exigencia citando el punto 10 del PPT. Igualmente afirma que tanto Metro de Madrid como Schindler conocen sobradamente las características de las cadenas presentadas por Kone”

Por otro lado afirma sin argumentarlo que la adjudicación a Schindler no se encuentra motivada sin concretar en qué estriba la falta de motivación. Tal y como señala el Órgano de contratación se ha seguido todo el *iter* procedural exigido por la Ley, constando publicadas las valoraciones de las dos propuestas, y la exclusión de Kone consecuencia de la resolución del Tribunal, resultando finalmente adjudicataria la única empresa que restaba en liza. Incluso esta alegación no desarrollada no se lleva al suplico, donde no se pide la exclusión de Schindler.

Con independencia de todo lo expuesto, lo que se pretende en la presente reclamación es que el Tribunal revise su anterior Resolución, interponiendo por esta vía un recurso contra la misma, para cuyo fin el Tribunal no se encuentra habilitado. El recurso consiste simplemente en el cuestionamiento de los fundamentos fácticos y jurídicos de la anterior Resolución. Tal y como expresa el artículo 122.1 de la Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero rector del procedimiento (*“Efectos de la resolución de la reclamación en materia de contratación”*):

“Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1, letras k) y l) y en el artículo 11.1.f), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”

La resolución de la Reclamación 159/2020, Recurso 121/2020, constituye cosa juzgada formal para el Tribunal Administrativo, esto es, el propio Tribunal no puede revisar su resolución, que vincula a ese nivel también a las partes. Solo cabe recurso

en la vía contencioso-administrativa, que dice el recurrente haber seguido, aunque no lo acredita ni consta a este Tribunal.

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso que se interpone contra una adjudicación irrecusable en esta vía por la empresa Kone, la cual adolece además de falta de legitimación para ello.

El reclamante cuyo recurso viene suscrito por Letrado Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid no puede ser ajeno al conocimiento de esta última circunstancia: el Tribunal Administrativo de Contratación no puede revisar sus propias Resoluciones, contra las que no cabe otra vía que la contencioso-administrativa. Su pretensión es, pues, temeraria. Pero además constituye una actuación torticera pretender que contra las actuaciones dictadas en ejecución de sus resoluciones por los Órganos de contratación quepa a su vez recurso o reclamación con el objeto de revisar su sentido. Lo único que cabe es un incidente de ejecución de no estar conforme con la forma de llevarse a cabo la ejecución o cumplimiento.

El artículo 58.2 de la LCSP 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 4^a), 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 1^a) 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 aprecia temeridad en la interposición de la presente reclamación, que pretende voltear una resolución previa del Tribunal, fijando la cuantía de la multa en 2.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RD-LCSE 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.- Inadmitir la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de Kone Elevadores S.A., contra la adjudicación a Schindler, S.A por Metro de Madrid del contrato “Suministro de sustitución de cadenas de peldaños de 10 escaleras mecánicas de la marca Schindler”. Nº Expediente: 6011900414, por falta de legitimación de Kone para recurrir.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP por importe de 2.000 euros.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento ex 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.