

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

En Madrid, 19 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación de 21 de noviembre de 2018 se ha recibido en este Tribunal escrito de doña T.C.A., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., contra la adjudicación del contrato “Suministro e instalación de dos ascensores para el Hospital Universitario de La Paz”, número de expediente: P.N.S.P 12/2018.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 1 de octubre de 2018, se publica en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid, la Resolución de adjudicación anterior, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. En la citada resolución se indica expresamente la posibilidad de recurso especial en materia de contratación, tal como estipula el artículo 44 de la LCSP. En los PCAP figura expresamente que el recurso al procedimiento negociado sin publicidad se fundamenta en el artículo 168 c) 2º de la LCSP. Y en los PPT figuran los diversos elementos de SCHINDLER a incorporar para configurar los dos ascensores.

Segundo.- En la fecha arriba meritada se recibe en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación de Zardoya Otis S.A., que, a priori, es extemporáneo

habida cuenta exceder el plazo de 15 días desde la publicación reseñada en el antecedente anterior (artículo 50. 1 c) LCSP). No obstante, el recurrente alega que con fecha 2 de noviembre de 2018, ha tenido conocimiento, por la publicación del correspondiente anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea de la publicación de la adjudicación, encontrándose en plazo de recurso por pretender la nulidad del procedimiento, encontrándose en el supuesto del artículo 50.2.a) de la LCSP, que prevé para estos supuestos un plazo de treinta días

Tercero.- En el recurso se alega la nulidad del procedimiento ya que se ha prescindido del procedimiento establecido al no haberse publicado el anuncio de la licitación en el Diario oficial de la Unión Europea y haberse utilizado indebidamente el procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad careciendo de causa para ello, impugnando por extenso la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad del artículo 168 a) 2º de la LCSP.

Cuarto.- El órgano de contratación en su informe alega la existencia de un error en la consignación en el DOUE de la causa del procedimiento negociado, no siendo por exclusividad, sino fundada en el artículo reseñado en el antecedente primero.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario para alegaciones, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 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 y artículo 29 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, no habiendo sido presentadas. En fecha 5 de diciembre se acuerda por este Tribunal dar vista del expediente al recurrente dentro del plazo legal de cinco días con ampliación de alegaciones. Se envió el mismo día 5 y consta acuse de recibo de la notificación telemática de Zardoya Otis S.A. de fecha 10.12.2018. Dentro de plazo legal no ha comparecido para examinar el expediente ni ha presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en 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, 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 recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, así como se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acto recurrido es susceptible de recurso por tratarse de la adjudicación (artículo 44. 2.c) LCSP) y exceder de los 100.000 euros.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso especial viene establecido en la LCSP que en el apartado c) del artículo 50.1 dispone: *“Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el computo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

La Resolución de adjudicación recurrida, fue publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad el 1 de octubre de 2018, por lo que en este caso el inicio del cómputo del plazo para recurrir debe comenzar a partir de esa fecha, que es cuando se pudo tener conocimiento de la supuesta infracción o vicio de nulidad alegado por el recurrente, razón por la cual sería extemporáneo.

No obstante, es de aplicación, en cuanto al plazo, “ceteris paribus”, la doctrina fijada por el Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad de Madrid en un supuesto con similares alegaciones por el recurrente (recurso 40/2015, Resolución nº 51/2015, de 6 de abril de 2015) que entiende aplicable el plazo de 30 días por tratarse de una cuestión de nulidad y desde la publicación en DOUE:

“Hay que destacar que en principio, la acción para poner de manifiesto el vicio de nulidad radical no está sujeta a plazo ni de prescripción, ni de caducidad y puede ejercitarse en cualquier momento.

No obstante si consideramos que el escrito plantea una cuestión de nulidad de las previstas en el artículo 39 del TRLCSP, y no un recurso especial, el plazo para la interposición sería de treinta días hábiles desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el art 154.2, en virtud del art 39.3 del TRLCSP, es decir, publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y el Boletín Oficial del Estado, por lo que el cómputo empezaría en la fecha en que se produjo la publicidad completa en los Diarios Oficiales, que tuvo lugar el 4 de marzo, sin bien la recurrente tuvo conocimiento del acto el 26 de febrero de 2015.

En consecuencia, el escrito presentado el 4 de marzo no ha superado el plazo de treinta días hábiles y estaría dentro de plazo para su tramitación como cuestión de nulidad, prevista para los supuestos especiales de nulidad contractual, a diferencia del recurso especial que es un procedimiento de revisión precontractual”.

Aplicando este criterio al supuesto de hecho, teniendo en cuenta que se ejerce igualmente una acción de nulidad y la fecha de publicación en el DOUE, el recurso no sería extemporáneo, a la vista también de los artículos 50.2 a), 39.2 c) y 135 de la vigente LCSP.

Cuarto.- Por lo que se refiere al fondo del recurso, se alega la nulidad del procedimiento al haberse utilizado la modalidad de negociado sin publicidad por exclusividad, del artículo 168 a) 2º de la LCSP sin existir causa para ello, puesto que alega la recurrente, la prestación podría hacerla cualquier empresario del sector.

Sobre este extremo gira todo el recurso a los largo de 14 folios, citando, por ejemplo, la Resolución de este Tribunal mencionada *ut supra* que es precisamente un supuesto de anulación de una adjudicación por exclusividad de unos ascensores, y entre las mismas partes.

Que esta no era la causa podía conocerlo perfectamente el recurrente, meramente leyendo la publicación del portal de contratación de la Comunidad de 1 de octubre.

No obstante, habida cuenta lo señalado en el fundamento anterior sobre el ejercicio de una acción de nulidad y entendiendo temporáneo el recurso, cabría admitir que al no haber tenido acceso al expediente en el órgano de contratación, que solicitó, si hubiera acudido a la vista del expediente en la sede de este Tribunal y hubiera alegado sobre el fundamento real del procedimiento negociado sin publicidad sus alegaciones, siempre en base al principio de tutela administrativa efectiva que preside la actuación de estos Tribunales y la búsqueda de la verdad material, hubieran sido objeto de valoración.

Sin embargo, no habiendo acudido ni alegado al respecto, no cabe a este Tribunal alterar de oficio la causa de pedir en su fundamentación fáctica y jurídica, construyendo *ex novo* un recurso especial en materia de contratación.

No obstante, y en aras a la búsqueda de la verdad material frente al principio rogatorio que preside la jurisdicción ordinaria, existe un elemento común al procedimiento negociado por exclusividad sobre el que alega el recurrente y el procedimiento del artículo 168.c) 2º de la LCSP: que existe un único posible adjudicatario. También es común que no existe anuncio previo (ex artículo 166.3 de la LCSP). Sin embargo, existe, un elemento diferencial esencial: que en el supuesto del artículo 168.c) 2º existe necesariamente un procedimiento de contratación previo, abierto o no, que se complementa por la vía del artículo 166.3. No es un procedimiento enteramente nuevo, como los negociados por exclusividad.

El órgano de contratación (el Director Médico suscribe por delegación del Director Gerente) en su informe alega que ha habido un error en la consignación de este procedimiento en el DOUE, que no es por razones de exclusividad, sino por el artículo 168.c) 2º, que textualmente transcrito permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de suministros:

“2.º Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, no podrá, por regla general, ser superior a tres años”.

El error se justifica porque *“ha habido un error administrativo consistente en, indicar como motivo de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 de la LCSP el que solo se podía proporcionar el suministro a “...determinado licitador por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos”, en vez de indicar que se trata de “...suministros suplementarios con arreglo a las condiciones estrictas establecidas en la Directiva”.*

La existencia de un error se acredita por la propia publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid de la adjudicación en fecha 1 de octubre, donde figura el PCAP con la cita del precepto correcta y el PPT donde constan las circunstancias por las que se concurre a este procedimiento.

En la orden de inicio del expediente de contratación se indica que la justificación del procedimiento de adjudicación elegido es *“la elección de los cauces de carácter extraordinario por los que viene en seguirse el presente procedimiento de contratación encuentra su causa justificativa en la mediación del supuesto contemplado en el artículo 168.c.2 de la LCSP”.*

En el informe justificativo remitido junto con los Pliegos al Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad se afirma que *“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contempla, en el artículo 168 c) 2º la adjudicación por Procedimiento Negociado de los contratos de suministro “Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes,*

dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas”.

En estas circunstancias se encuentran los equipos elevadores del Hospital, ya que su tecnología tiene que ser compatible con las instalaciones existentes y más concretamente los ascensores objeto de este contrato que, una vez finalizados los trabajos de instalación, estaría combinado en batería duplex con el ascensor nº 25 (actualmente operativo y dotado con la maniobra de control MX-CG) y preparado para poder funcionar en un futuro en triplex con el tercer ascensor de la batería.

Otro factor que aconseja la sustitución por un ascensor de la misma marca es la homogeneidad de los equipos elevadores ya que a fecha de hoy, el 95 % de los equipos existentes y el 100% de los equipos modernos son del mismo fabricante, lo que permite optimizar los recursos de mantenimiento y conseguir mejores condiciones en los contratos de asistencia técnica”.

En el PPT efectivamente consta lo siguiente:

“Concretamente los dos ascensores a sustituir y que son objeto de esta memoria comparten un hueco común, compuesto por los ascensores 24-25-26 De estos tres ascensores, el ascensor 25 se sustituyó en el año 2007 (...). Respecto a los ascensores 24 y 26 son los originales desde su instalación (1966) (...).

El ascensor nº 26 se combinará con el ascensor 25 en batería duplex Mediante esta maniobra con dos pulsadores, los pasajeros que se encuentren esperando en planta, pueden seleccionar el sentido de marcha deseado, permitiendo el recorrido tanto en sentido ascendente como descendente”.

Estos Pliegos se suscriben por el Jefe de Servicio de Ingeniería y mantenimiento del Hospital la Paz.

No siendo un supuesto de procedimiento negociado por exclusividad procede desestimar el recurso especial en materia de contratación de Zardoya Otis S.A.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 57 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad formulada por doña T.C.A., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., contra la adjudicación del contrato “Suministro e instalación de dos ascensores para el Hospital Universitario de La Paz”, número de expediente: P.N.S.P 12/2018.

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 58.5 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.