

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña E.C.B., en nombre y representación de El Mobiliario Urbano S.L.U. (en adelante, EMU), contra la adjudicación del contrato “Gestión del servicio público, modalidad de concesión, de mobiliario urbano municipal informativo y de otros servicios en el término municipal de Madrid”, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 132/2014/02229, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Madrid convocó, con fecha 27 de mayo de 2015, el procedimiento de licitación para *“la contratación de Gestión del servicio público, modalidad concesión, de mobiliario urbano municipal informativo y de otros servicios en el término municipal de Madrid”*.

Presentaron oferta dos licitadores: EMU y Clear Channel España, S.L.U. (en adelante, CC).

Mediante el Decreto de 7 de septiembre de 2015, el órgano de contratación declara desierta la licitación al considerar que *“las ofertas presentadas no cumplen con los criterios exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen en la licitación, de conformidad con lo expuesto en el Informe de 21 de julio de 2015 de la Subdirección General de Arquitectura del Espacio Público y por la mesa de contratación con fecha 30 de julio de 2015”*.

Contra el Decreto de 7 de septiembre de 2015 tanto CC como EMU interpusieron sendos recursos especiales en materia de contratación, que fueron resueltos por este Tribunal en el siguiente sentido:

a) La Resolución 168/2015, de 21 de octubre, acordó la estimación del recurso interpuesto por CC, anulando la declaración de desierto, procediendo retrotraer las actuaciones para que la Mesa de contratación solicite la subsanación o aclaraciones de la documentación presentada, valorando, en caso de cumplir los requerimientos de los pliegos, la oferta de la recurrente.

b) Por otro lado, la Resolución 178/2015, de 4 de noviembre, desestimó el recurso interpuesto por EMU y confirmó su exclusión del procedimiento de licitación al considerar que alguna de las deficiencias en las que incurrió su oferta no podían ser subsanadas, en concreto la presentación de variantes no autorizadas y el incumplimiento de la normativa de accesibilidad de alguno de los mupis objeto del contrato.

Con fecha 19 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento de Madrid, concedió a EMU acceso al expediente de contratación y a las partes no confidenciales de la oferta de CC.

Adicionalmente, con fecha 2 de diciembre de 2015 EMU solicitó que se le diera traslado del trámite de subsanación que debía concederse, en cumplimiento de la Resolución 168/2015, así como de la información aportada por CC en cumplimiento de dicho trámite a los efectos de que pudiera realizar alegaciones en caso de que así lo estimara necesario.

Mediante escrito de 21 de enero de 2016, el Ayuntamiento de Madrid contesta señalando que EMU no tiene la condición de interesado en el procedimiento de licitación.

Segundo.- El 10 de marzo de 2016 ha sido publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid la adjudicación del contrato a CC.

Tercero.- El 30 de marzo de 2016 tuvo entrada en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EMU en el que alega que el Ayuntamiento de Madrid ha ignorado su consideración de interesado tras haber sido excluido de este procedimiento al existir una clara y constante jurisprudencia sobre la condición de interesados de aquellos licitadores que, aun habiendo sido excluidos, han recurrido judicialmente tal decisión y, además, actúan con la finalidad de asegurar que no se vulnere el principio de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores. Según aduce, lo anterior se evidencia, con la denegación a la solicitud de acceso de expediente, que se formuló precisamente para la interposición de este recurso especial en materia de contratación, así como por la falta de respuesta de los diversos escritos que ha ido presentando ante el Ayuntamiento sobre los incumplimientos de los que adolece la oferta de CC.

Solicita al Tribunal, mediante otrosí segundo, que una vez que le sea remitido el expediente administrativo, este Tribunal le dé acceso al expediente, en los términos previstos en el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El 4 de abril de 2016 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado

por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP). Del recurso se dio traslado al órgano de contratación y a los interesados.

Cuarto.- Con fecha 6 de abril de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- El 13 de abril de 2016, el Tribunal acordó conceder a la representación de EMU un plazo de cinco días hábiles, para que dentro del mismo procedan al examen del expediente administrativo en los términos en él indicados, en la sede del Tribunal y para que, en su caso, procedan a completar su recurso.

Una vez tuvo acceso al expediente de contratación, el 21 de abril se recibió escrito de EMU ampliando el recurso presentado.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso y de la ampliación al mismo al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se han presentado alegaciones por Clear Channel cuyo contenido se relacionará y será tenido en cuenta en el examen del fondo del recurso.

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 presente recurso.

Segundo.- De conformidad con lo señalado en el artículo 42 del TRLCSP *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda*

persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan vistos perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

El mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

El órgano de contratación ha negado la condición de interesado a EMU en su solicitud de acceso al expediente con objeto de interponer recurso fundado, solicitada al amparo del artículo 16 del RPER y opone en su informe al recurso que estamos analizando, falta de legitimación activa. Considera el órgano de contratación que la mercantil EMU ya está defendiendo sus intereses en vía judicial ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no estando ahora legitimada para la interposición de un recurso especial contra un acto de un expediente del que fue excluida por Decreto de 7 de septiembre de 2015, confirmado en vía administrativa e impugnado sin haber sido resuelto todavía. Al estar excluida carece de cualquier expectativa sobre el resultado de la adjudicación del contrato.

Tal como alega CC, entiende el Tribunal que la mera interposición del recurso contencioso-administrativo contra la exclusión de EMU del procedimiento de licitación no es argumento ni sustento suficiente por sí solo para justificar la legitimación de EMU para la interposición de recurso especial en materia de contratación frente al posterior Acuerdo de adjudicación, porque de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del TRLCSP las resoluciones que se dicten por el Tribunal son inmediatamente ejecutivas, de manera que producen efecto, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse en el procedimiento contencioso, que en este caso no existen, y de la forma en que eventualmente puedan satisfacerse los intereses de la recurrente de considerar que la Resolución recurrida no se ajustaba a derecho.

Sostiene CC en su escrito de alegaciones que no procede reconocer legitimación activa a EMU dado que el recurso especial en materia de contratación interpuesto no tiene por finalidad denunciar que las consideraciones que dieron lugar a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición del Clear Channel que se postura como adjudicatario, dado que la oferta de Clear Channel no incumple la normativa en materia de accesibilidad, de forma que difícilmente puede existir un incumplimiento “idéntico” a los defectos incurridos por EMU en su oferta. Además resalta que la exclusión de EMU del procedimiento de licitación no se debió única y exclusivamente a un incumplimiento en materia de accesibilidad, sino que también, y sobre todo, se debió al hecho de que EMU había presentado ofertas variantes o simultáneas, hecho que no es predicable de la oferta de CC.

Este Tribunal, mediante Acuerdo de 20 de enero de 2016 desestimó la solicitud formulada por EMU de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de licitación en lo que respectaba al acto de apertura de las ofertas económicas, al considerar que el acto contra el que se pretendía recurrir (la admisión de la oferta de CC), era un acto de trámite que no podía ser recurrido señalando que la actuación susceptible de recurrir era el acuerdo de adjudicación. De ello concluye EMU que se le reconoció legitimación activa.

Este Tribunal no ha reconocido en ningún momento la legitimación de EMU para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación. Efectivamente, en el Acuerdo de 20 de enero de 2016 por el que se resuelve inadmitir la solicitud promovida por EMU de suspender el trámite de apertura de ofertas del procedimiento de licitación, no se expresa o reconoce legitimación alguna a la entidad recurrente para la interposición de posterior recurso contra el Acuerdo de adjudicación. En primer lugar, porque no se pronuncia expresamente sobre la cuestión. En segundo lugar, porque tampoco se puede extraer tal conclusión de forma tácita puesto que el reconocimiento de la legitimación activa ha de hacerse en relación con el concreto recurso que se interponga, dependiendo del interés alegado y las circunstancias concurrentes.

Procede pues analizar si en el caso que nos ocupa, según los motivos de recurso y las circunstancias concurrentes en el procedimiento EMU ostenta legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación formulado.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este concepto en la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad 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. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73J, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45J, F 4)”.*

Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o

jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que *“de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”*.

Los tribunales administrativos en materia de contratación pública han sentado una doctrina específica sobre qué debe considerarse como interés legítimo a efectos del recurso especial, poniéndolo en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre interés legítimo en el ámbito administrativo. La legitimación de los licitadores que han sido excluidos de un procedimiento de licitación ha sido una cuestión que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal.

Con carácter general se ha sostenido que los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación mediante acto firme carecen de legitimación para impugnar las actuaciones del procedimiento posteriores a su exclusión, incluida la propia adjudicación del contrato, pues ningún beneficio podría reportarles ni evitarles ningún perjuicio. Según la doctrina contenida entre otras en la STJUE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Hackermüller, no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador que fue debidamente excluido.

A veces, no obstante, se ha reconocido también la legitimación activa de un licitador excluido cuando el recurso tiene por finalidad denunciar que las consideraciones que dieron lugar a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición de otro licitador que se postula como adjudicatario. Ello es así porque, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato y de no discriminación de los licitadores pues, por idénticos motivos, un licitador es excluido y otro resulta adjudicatario, negando al primero la posibilidad de articular una defensa real y efectiva frente a dicha desigualdad.

En dicho sentido, se pronuncia la Resolución del TACRC 239/2012, de 31 de octubre:

“la exclusión del recurrente no se ha producido aquí en virtud de una decisión inicial del Órgano de contratación, sino que es consecuencia necesaria de la Resolución de este Tribunal, de modo que el recurrente ha pasado de ser adjudicatario a ser excluido en el procedimiento de adjudicación. Es precisamente en los fundamentos de la Resolución de este Tribunal en los que el recurrente motiva su recurso, por entender que las consideraciones que llevaron a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición del otro licitador hoy adjudicatario, por lo que se habría producido una lesión al principio de igualdad. Hipotética lesión que, a la vista de las peculiares circunstancias, hace de interés general su examen por este Tribunal”.

A la vista de dicho pronunciamiento es innegable la legitimación del licitador excluido para recurrir aquellas actuaciones que vulneren el principio de igualdad de trato y no discriminación, vulneración que se materializa, siguiendo el criterio del TACRC, mediante la admisión de una oferta que adolece de las mismas o similares deficiencias que motivaron la exclusión de dicho licitador.

La doctrina ampliatoria del contenido de la legitimación se ve confirmada en la Sentencia de 4 de julio de 2013, As. C-100/12., Fastweb SpA y Azienda Sanitaria Locale di Alessandria. Según esta última: *“el recurso incidental del adjudicatario no*

puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada”.

En esta Sentencia se trata de la comprobación de la adecuación al pliego de condiciones de las ofertas presentadas por las dos únicas licitadoras que llevó a la conclusión de que ninguna de ellas se ajustaba a todas las especificaciones impuestas por dicho pliego. La comprobación debería llevar a la estimación de los dos recursos y en consecuencia, a anular el procedimiento de contratación controvertido en el litigio principal, dado que ningún licitador presentó oferta que pudiera desembocar en esa adjudicación. Dicha solución presenta interés para la demandante del caso dado que la reapertura del procedimiento de adjudicación le daría una nueva oportunidad de hacerse con el contrato. La exclusión definitiva de una de las partes en el procedimiento de adjudicación supondría que dicha parte se encontraría en una situación que le imposibilitaría impugnar el resultado de ese procedimiento.

Procede señalar que del artículo 1 de la Directiva 89/665 se desprende que ésta tiene por objetivo permitir la interposición de recursos eficaces contra las decisiones de las entidades adjudicadoras incompatibles con el Derecho de la Unión. Según el apartado 3 del citado artículo, los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

Cabe añadir que la posibilidad de que con la estimación del recurso, el procedimiento quede desierto y se lleve a cabo una nueva licitación cuando se trata de una hipótesis real o bastante probable es un motivo adicional para reconocer legitimación activa.

En este sentido, por lo que respecta a los supuestos de licitadores excluidos, se ha considerado que la declaración de un procedimiento de adjudicación como desierto no obliga, conforme a la legislación de contratos, a que se convoque un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos y que, por ello, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de la posibilidad de participar en un nuevo procedimiento de adjudicación, como justificación de legitimación, no es más que una mera suposición que no puede identificarse con un interés real, cierto, efectivo y actual.

En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones del recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concorra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa.

A todo lo expuesto cabe añadir que la interpretación del artículo 42 del TRLCSP debe hacerse de conformidad con principio *pro actione*, como expresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con todas las garantías para obtención del órgano judicial de una resolución sobre el fondo de las pretensiones.

De lo anterior resulta que EMU sigue teniendo un interés legítimo en esta licitación y, por tanto, resulta innegable su condición de interesado en el mismo pues el interés explicitado es verificar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de no discriminación en el presente procedimiento. El incumplimiento de la oferta adjudicataria de las condiciones de accesibilidad implicaría un trato discriminatorio, pues incumpliendo ambas ofertas las condiciones técnicas exigibles para concurrir a la licitación y para la ejecución del contrato, por el simple hecho de haber sido

excluido uno de los licitadores y no el otro, el incumplidor admitido se vería beneficiado con la adjudicación irrecurrible, circunstancia que solo afecta a uno de ambos incumplidores. Se invoca al efecto el principio de igualdad de trato, y ello no supone que los incumplimientos hayan sido los mismos como pretende CC, pues aunque la recurrente fue excluida por no adecuarse a la normativa sobre accesibilidad y además por la presentación de ofertas variantes no admitidas en el PCAP, es indiferente los incumplimientos que se invoquen siempre que haya suficiente identidad de razón. En el recurso se invocan incumplimientos precisamente de la normativa de accesibilidad. Finalmente, tratándose de un procedimiento al que únicamente han concurrido dos licitadores y permaneciendo solo uno de ellos en el procedimiento, la eventual estimación del recurso produciría una declaración de desierto del procedimiento con una muy probable nueva licitación en términos similares que permitiría a la recurrente una nueva oportunidad de resultar adjudicataria. Procede por tanto reconocer legitimación activa a la recurrente EMU.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Se alega en el informe del órgano de contratación la extemporaneidad del recuso dado que el acto recurrido es la adjudicación del contrato que fue notificado el 8 de marzo de 2016 a quienes tienen la condición de interesado en el mismo, esto es, exclusivamente la sociedad Clear Channel, por ello el plazo para impugnar finalizó el 29 de marzo. De tal forma que el recurso especial interpuesto por la entidad EMU es inadmisibile.

No obstante cabe recordar que la regla del cómputo del plazo de recurso contra la adjudicación a partir de la fecha de remisión de la notificación de adjudicación es aplicable a aquellos interesados que han sido debidamente notificados. Lógicamente quien no ha sido notificado en forma legal no ha podido interponer el recuso en ese plazo entre otras cosas porque lo desconoce. En ese supuesto, de ausencia de notificación el plazo ha de computarse a partir del día

siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. Es decir mediante la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante que tuvo lugar el día 10 de marzo. Por tanto la interposición se ha efectuado el 30 de marzo, cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 44 TRLCSP.

En cuanto al escrito de ampliación del recurso solicita CC, en sus alegaciones, que procede declarar la inadmisión de las nuevas alegaciones de EMU toda vez que no ha completado su recurso, como establece el art. 29.3 del REPER, sino que se ha limitado a reiterar sus alegaciones iniciales, aprovechando este trámite para incorporar un nuevo informe pericial cuyas conclusiones, como puede constatarse. Son idénticas a las del presentado con la interposición del recurso especial. El nuevo informe pericial no aporta ningún elemento adicional al que se presentó inicialmente con el recurso especial.

Considera el Tribunal que el escrito de ampliación del recurso se presentó dentro del plazo concedido y asimismo debe admitirse la documentación anexa incorporada al mismo incluido el discutido informe pericial. Aunque efectivamente se trata de ampliar las mismas cuestiones que ya fueron objeto del recurso, la puesta de manifiesto del expediente con las actuaciones posteriores a la solicitud de aclaraciones que el Ayuntamiento solicitó sobre los aseos debe permitir hacer cuantas alegaciones se considere conveniente al derecho de defensa, sin perjuicio de que la valoración de la reiteración o respecto de que el conocimiento de la documentación en vía judicial o de los planos presentados en el trámite de completar el recurso permita hacer un juicio sobre la buena fe.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, cuya duración es superior a 5 años y el importe de los gastos de primer establecimiento asciende a 23.914.487 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.c) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- La impugnación de esta adjudicación se fundamenta, básicamente, en la vulneración del principio de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores, así como en la vulneración del principio de invariabilidad de las ofertas. Así:

A) Por un lado, la oferta de CC presentada inicialmente, esto es, en julio de 2015, no cumplía con la normativa exigida en los Pliegos y, en particular, con el Decreto 13/2007.

B) Por otro lado, CC aprovechó el trámite de subsanación y/o aclaración para introducir modificaciones en su oferta, con la finalidad de que los aseos presentados dieran debido cumplimiento a la normativa de accesibilidad. Dicha modificación consiste en alterar las características dimensionales de los aseos ofertados y, por tanto, en modificar el contenido de la oferta inicialmente presentada.

Analizaremos por separado cada uno de los dos motivos de impugnación:

A. igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores. Incumplimiento de la normativa de accesibilidad prevista en los pliegos.

La cláusula 4.2 del PPT exige que *“el mobiliario ofertado, tanto en los elementos en sí mismos como en lo que se refiere a la ubicación (pavimentos, distancias a otros obstáculos, etc.) deberá cumplir con la normativa de accesibilidad vigente y la que a lo largo del periodo del contrato pudiera ser aprobada”*.

Ante la inclusión en la oferta de EMU, hoy recurrente, de un elemento que no se ajustaba debidamente a las condiciones de accesibilidad, este Tribunal consideró en la Resolución 178/2015:

“El error en el diseño que implica la inviabilidad del elemento en la vía pública conllevaría incumplir el objeto del contrato ya que no podría prestar de forma adecuada la prestación del servicio público para el que ha sido concebido. Por ello si el modelo ofertado se describe de una manera no acorde con el PPT y por ende a la normativa aplicable que se remite, procede la exclusión de la oferta sin necesidad de

esperar a que la ejecución del contrato suponga un incumplimiento, bien por no ajustarse a lo requerido bien por no ajustarse a lo contratado. Así mismo debemos indicar que no cabría la subsanación del diseño presentado por EMU, no solo durante la ejecución del contrato, sino tampoco en la fase de licitación ya que supondría una situación de desventaja a la otra empresa licitadora, ya que supondría una modificación de la oferta una vez presentada. Por tanto, si una oferta no cumple las condiciones del PPT, tal como establece la cláusula 4, debe ser excluida”.

Con fecha 1 de diciembre de 2015, EMU presentó ante el Ayuntamiento de Madrid un escrito en el que ponía de manifiesto determinados incumplimientos en la oferta de CC, justificando que los mismos debían conducir a la exclusión de esa oferta. En concreto, que los aseos presentados por CC no cumplían con lo dispuesto en el Decreto 13/2007, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de desarrollo en materia de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de la Comunidad de Madrid. Esta norma se encuentra asimismo expresamente incluida en el apartado 2 del Anexo I del PCAP, precisamente a continuación de la Orden de Accesibilidad, que enumera las normas aplicables al contrato, a las que, por tanto, habían de ajustarse las ofertas a presentar.

El artículo 12 del Decreto 13/2007, establece que *“un baño o aseo se considera adaptado cuando reúne las condiciones establecidas en la Norma 6”.*

Por su parte, la Norma 6 establece que para que se garantice la accesibilidad deben cumplirse los siguientes requisitos:

“3. Contarán con unas dimensiones mínimas que permitan inscribir dos cilindros concéntricos superpuestos libres de obstáculos: el inferior desde el suelo hasta una altura de 30 cm. con un diámetro de 150 cm. y el superior hasta una altura de 210 cm. medidos desde el suelo y un diámetro de 130 cm. Todo ello de forma que se garantice a los usuarios la realización de una rotación de 360º y el acceso a los elementos, cabinas, duchas o bañeras adaptados.

10. Al menos una de las cabinas de aseo deberá ser accesible. Para ello habrá de cumplir los siguientes requisitos:

Contará con las condiciones dimensionales indicadas en el punto 3.

Dispondrá de puertas batientes o plegables hacia fuera o correderas.

Contará con un inodoro en el que la altura del asiento esté comprendida entre 45 y 50 cm medidos desde el suelo.

Permitirá todas las posibles transferencias, para ello dispondrá de espacio libre a ambos lados de 80 cm de ancho y las barras de apoyo serán adecuadas. (...)".

Es decir, a la vista del Decreto 13/2007, en cuanto interesa a efectos de la resolución del recurso, los aseos públicos presentados debían incluir los espacios libres de obstáculos siguientes:

a) Un espacio de maniobra de diámetro de 150 centímetros, libre de obstáculos a los efectos de que los usuarios puedan realizar una maniobra de 360°, para que se permita el giro completo de una silla de ruedas.

b) Dos espacios laterales de transferencia de 80 centímetros de ancho cada uno, situados a ambos lados del inodoro reduciendo el riesgo de caída debido a los movimientos de transferencia entre sillas y aparatos sanitarios.

Cabe precisar que la exigencia de dos espacios libres de transferencia de 80 centímetros situados por ambos lados del inodoro, y no solo de un espacio por un único lado del mismo, es un requisito específico de este Decreto 13/2007 aplicable en el ámbito de la Comunidad de Madrid, no siendo en general exigido por las normativas de accesibilidad aplicables a nivel nacional e internacional para los aseos a instalar en espacios públicos, lo que suponía que los aseos públicos a presentar para su instalación en la ciudad de Madrid necesitaban una adaptación específica de las características dimensionales interiores de los aseos públicos accesibles disponibles en el mercado.

El anexo VII A del PPT preveía un modelo de ficha específico para los aseos en el que exigía que se indiquen también las dimensiones interiores de este elemento (ancho interior y fondo interior), por ser estos datos de especial relevancia al momento de verificar el cumplimiento de la normativa de accesibilidad de los aseos públicos.

En relación a los aseos propuestos CC, en su oferta declaraba, además de las medidas exteriores, las siguientes dimensiones interiores:

- a) Aseo Reflejos: 1.800 mm (*ancho interior*) x 2.200 mm (*fondo interior*).
- b) Aseo Latidos: 1.800 mm (*ancho interior*) x 2.200 mm (*fondo interior*).
- c) Aseo Madroño: 1.700 mm (*ancho interior*) x 2.100 mm (*fondo interior*).

Según afirma el recurso las dimensiones indicadas por CC en su oferta suponen un área interior insuficiente y excluyen toda posibilidad técnica de cumplir con el conjunto de los requisitos mínimos relacionados con los tres espacios libres de obstáculos antes citados. Al efecto de probar el incumplimiento de dicha normativa en la oferta de CC, EMU adjunta al recurso un informe, de elaboración interna con el fin de probar que las características dimensionales de los aseos presentados por CC en su oferta no cumplen los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones y por la normativa de accesibilidad de aplicación.

Así, por ejemplo, aseos de las familias Reflejos y Latidos: Las dimensiones del interior de los aseos señalados por CC en su oferta (1.800 milímetros x 2.200 milímetros), no permiten conseguir a la vez (i) inscribir un espacio libre de una circunferencia con diámetro 150 centímetros y (ii) dejar dos espacios libres de 80 centímetros de ancho situados por ambos lados del inodoro según lo específicamente exigido por la normativa de la Comunidad de Madrid.

Para probar la imposibilidad de dar cumplimiento a la normativa de accesibilidad con las dimensiones ofertadas por CC se adjunta al recurso, además del anterior, un informe pericial que afirma en sus conclusiones:

“1. Que los aseos presentados en la oferta inicial de la empresa Clear Channel NO CUMPLEN con la normativa de obligado cumplimiento en materia de accesibilidad que les son de aplicación.

2. Que para que los aseos presentados en la oferta cumplan con la normativa de aplicación en materia de accesibilidad y por lo tanto con los pliegos, han tenido que ser modificados, ampliando su superficie interior.”

Añade la recurrente que el informe emitido por AENOR, aportado por CC en el sobre de documentación técnica, identifica que la accesibilidad de los elementos incluye “*desviaciones*” respecto a su conformidad a los requisitos de accesibilidad universal. Considera evidente que si el mobiliario presentado por CC hubiera, al momento de presentar su oferta, cumplido toda la normativa vigente en materia de accesibilidad, sin ninguna salvedad, AENOR, a la vista de los planos que CC le entregó, hubiera sido mucho más categórico y hubiera afirmado que el nivel de accesibilidad era adecuado sin matizar tal afirmación con la expresión “*en términos generales*” y sin puntualizar que “*existen ciertas desviaciones menores*” y posibles mejoras.

Cabe constatar frente a los alegatos de EMU que la oferta de CC cumplió documentalmente con lo exigido en el PPT aportando las fichas de dimensionamiento de los aseos en los términos requeridos, especificando medidas interiores y exteriores, aunque no se aportaban planos de distribución. El informe técnico que valoró las ofertas no encontró incumplimiento alguno y consideró que cumplía la normativa de aplicación según el PPT

Ante los reiterados escritos denunciando el incumplimiento técnico que presentó EMU, se procedió a realizar un requerimiento de documentación complementaria el 14 de diciembre de 2015, por el Ayuntamiento de Madrid a CC para que justifique el cumplimiento del mobiliario urbano a la normativa de accesibilidad. *En concreto, se solicitan los siguientes documentos:*

“La documentación técnica necesaria (p.e. planos, infografías, etc ...) donde se acredite de forma precisa la organización interna de sus elementos, las distancias entre ellos y los espacios libres de maniobra exigibles por la normativa de accesibilidad vigente”.

El Ayuntamiento otorgó aquí un trámite de aclaración de la oferta en un extremo, referido al cumplimiento de la normativa de accesibilidad, que era posible, en los términos señalados por la jurisprudencia recogidos por el TACPCM en su Resolución 178/2015. El requerimiento como decimos no trae causa del cumplimiento de dicha Resolución, sino de las denuncias de incumplimiento presentadas por EMU, y el órgano de contratación actuó adecuadamente conforme a derecho, pues quería comprobar si en el modelo ofertado se producía el incumplimiento de la normativa de accesibilidad o no, pues de lo denunciado y de la información aportada al expediente no constaba claramente tal incumplimiento que hubiera motivado la exclusión como ocurrió con la oferta de la recurrente. Con ello no se produjo una flagrante discriminación respecto al trato otorgado a EMU, a quien no se permitió presentar ni aclaración ni documentación alguna a este respecto, puesto que con la documentación presentada se podía comprobar que el modelo ofertado presentaba un saliente que no cumplía la normativa de accesibilidad.

Estos documentos presentados como aclaración consistentes en los planos de distribución interior materializando la organización de los espacios libres de obstáculos requeridos por la normativa de accesibilidad que complementan y amplían la documentación técnica explicativa de la oferta presentada por el licitador demuestran el cumplimiento de la normativa de accesibilidad del mobiliario ofertado.

CC acompaña un segundo y nuevo informe fechado del día 18 de diciembre de 2015, en el cual AENOR considera que, a la vista de la documentación facilitada, no puede alcanzar una conclusión sobre el cumplimiento de la normativa de accesibilidad, pues indica que no puede hacer tal análisis sobre los planos siendo necesario realizar tal análisis sobre los prototipos ya construidos.

En el informe de valoración de los criterios no valorables en cifras y porcentajes de fecha 13 de enero de 2016, que se eleva a la Mesa de Contratación no hay duda en relación a la oferta presentada por Clear Channel. Así se indica textualmente que *“analizada la documentación de la oferta se estima que es correcta”* y en su párrafo final se destaca que *“Analizados todos los documentos presentados se deduce que los aseos de las tres familias (Reflejos, Latidos y Madroño) cumplen con los requisitos de accesibilidad exigidos en el pliego del concurso, que son los de la normativa vigente de aplicación en esta materia.”*

En el escrito de ampliación del recurso se incluye un informe emitido por Grupo Bureau Veritas que concluye que *“en este segundo informe de 18 de diciembre de 2015, AENOR manifiesta expresamente el cumplimiento de la normativa, y no simplemente que “en términos generales” el nivel de accesibilidad es “adecuado” incluyendo “ciertas desviaciones”, como venía definido en el primer informe técnico de 02 de julio de 2015.*

No obstante, este segundo informe de AENOR fue emitido en base a planos que tienen características dimensionales del interior de los aseos distintas de las señaladas en la oferta técnica inicial”.

También, CC acompaña junto con el escrito de alegaciones, dos informes técnicos uno realizado por un Ingeniero Industrial, del Área de Ingeniería de la Construcción de la Universidad de Oviedo de 6 de abril de 2016 sobre *“cumplimiento de normativa de accesibilidad cabina de aseo automática”* que confirma que *“los modelos de referencia cumplen la normativa de accesibilidad en todos sus extremos y las exigencias que impone la norma relativas a: a) Garantizar en el interior del aseo dos espacios libres de 80 cm situados a ambos lados del inodoro; b) Un espacio libre de una circunferencia de 150 centímetros”.* Y el otro por arquitecto y profesor asociado de la Escuela Técnica superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid, en el mismo sentido.

La consecuencia de lo expuesto es que no se acredita incumplimiento de la normativa de accesibilidad, al contrario, tanto de los informes técnicos realizados por los técnicos municipales como de la documentación aportada en el expediente y en fase de recurso por ambas partes se constata que las medidas de los modelos ofertados por CC cumplen la normativa de accesibilidad en cuanto a los puntos puestos de manifiesto en el relieve. Ello sin perjuicio de la conclusión que se pueda alcanzar en el siguiente apartado respecto de si se ha valorado al mismo modelo o ha sido modificada la oferta respecto de los términos en que se formuló.

B. Vulneración del principio de invariabilidad de las ofertas.

Como se ha apuntado anteriormente, las dimensiones de los aseos indicadas por CC en su oferta, en las fichas de presentación completadas según modelo del Anexo VII del PPT fueron las siguientes:

a) Aseo Reflejos: 1.800 milímetros (ancho interior) x 2.200 milímetros (fondo interior).

b) Aseo Latidos: 1.800 milímetros (ancho interior) x 2.200 milímetros (fondo interior).

c) Aseo Madroño: 1.700 milímetros (ancho interior) x 2.100 milímetros (fondo interior).

Debe destacarse que la Resolución 168/2015 del TACPCM no ordena la admisión de la oferta de CC, sino que simplemente ordena la retroacción de actuaciones y la apertura de un trámite de subsanación para que CC subsane la omisión de determinada información relativa a (i) los cálculos de estabilidad y (ii) el análisis del ciclo de vida, todo ello exigible en relación con cada uno de los elementos del mobiliario urbano que habían sido ofertados. Nada se decía respecto del asunto ahora tratado relativo a la accesibilidad de los aseos.

Según lo señalado en la citada Resolución, dicho trámite debe ser considerado como una posibilidad excepcional abierta a CC que debe limitarse

estrictamente a la mera aclaración o concreción de la oferta, sin que puedan aportarse elementos que impliquen la modificación de la misma. Es decir, el trámite de subsanación que tramitase el Ayuntamiento de Madrid en cumplimiento de la Resolución 168/2015 debía:

i) Las aclaraciones o subsanaciones que pudiera presentar CC no pueden suponer una modificación de la oferta presentada.

ii) Debe respetarse siempre el principio de igualdad entre los licitadores, sin que sea

admisibles un trato discriminatorio entre los mismos.

Fue ante los escritos presentados por EMU, que tras el requerimiento por la Mesa de Contratación el día 14 de diciembre de 2015 a los efectos de que CC aclarase determinados aspectos de su oferta relativa a la accesibilidad de los aseos, CC presentó un escrito al que acompaña planos de dichos aseos.

Considera la recurrente que el trámite de aclaración y/o subsanación cursado por el Ayuntamiento de Madrid ha supuesto una clara infracción de los límites infranqueables señalados por este Tribunal en su Resolución, en la medida en que (i) la documentación aportada por CC supone una modificación de su oferta (ii) y, de facto, ha supuesto una clara infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación garantizados en la normativa de contratación pública.

Alega EMU que el examen detallado de los planos presentados por CC evidencia que las dimensiones del fondo interior utilizadas para realizar los planos han sido modificadas respecto a las indicadas en las fichas de la oferta inicialmente presentada:

a) Aseo Reflejos: 1.800 mm (*ancho interior*) x 2.710 mm (*fondo interior*).

b) Aseo Latidos: 1.800 mm (*ancho interior*) x 2.710 mm (*fondo interior*).

c) Aseo Madroño: 1.700 mm (*ancho interior*) x 2.810 mm (*fondo interior*).

A la vista de esta comparativa, resulta evidente que se ha mantenido la longitud del ancho interior declarado previamente en la ficha y la aparente modificación de las dimensiones del fondo interior de los aseos.

Para sostener la afirmación de que se han modificado las dimensiones interiores se adjunta al recurso informe pericial aportado como documento número 19, que afirma expresamente en sus conclusiones lo siguiente:

“Que para que los aseos presentados en la oferta cumplan con la normativa de aplicación en materia de accesibilidad y por lo tanto con los pliegos, han tenido que ser modificados, ampliando su superficie interior.

Por tanto, en su versión modificada los aseos de las familias “reflejos y latidos” planos nº 14 2027-21 A 01 y plano 14 2027-11 A 01) NO tienen la superficie interior de 2,20 m x 1.80 m inicialmente indicada y los aseos de la familia “madroño” (plano nº 142027-01 A 01) NO tienen la superficie interior 2,10 m x 1,70 m inicialmente indicada”.

Asimismo el escrito de ampliación del recurso incluye un informe emitido por Grupo Bureau Veritas que concluye que se ha modificado la dimensión del fondo interior definida en la oferta inicial. En el apartado 17 “*resultado de la evaluación*” se indica que “*las cabinas de aseo públicas evaluadas satisfacen los requerimientos mínimos de equipamiento, requisitos dimensionales y espacios libres de maniobra conforme a la legislación vigente de aplicación.*

Por tanto, en este segundo informe de 18 de diciembre de 2015, AENOR manifiesta expresamente el cumplimiento de la normativa, y no simplemente que “en términos generales” el nivel de accesibilidad es “adecuado” incluyendo “ciertas desviaciones”, como venía definido en el primer informe técnico de 02 de julio de 2015.

No obstante, este segundo informe de AENOR fue emitido en base a planos que tienen características dimensionales del interior de los aseos distintas de las señaladas en la oferta técnica inicial”.

Concluye la recurrente que CC se ha beneficiado de una oportunidad doble (i) la de aportar documentos aclaratorios y complementarios aun cuando los aseos presentados no cumplieran la norma de accesibilidad vulnerando el principio de igualdad y no discriminación y (ii) la de modificar el contenido de su oferta en el trámite de aclaración, circunstancia que es una conducta prohibida en aplicación del principio de invariabilidad de las ofertas.

El Tribunal comprueba que en los tres modelos se hacía constar en la ficha “anexo VII-4” las medidas exteriores de ancho 210 y fondo 350 cm. Esas medidas son iguales en la ficha incorporada para explicar la adecuación a la normativa de accesibilidad en el trámite de aclaraciones. También es cierto, tal como recoge el informe pericial de Bureau Veritas, que para la valoración del ancho interior de 180 y fondo interior de 210 cm., que se hacen constar en la ficha mencionada, no se aportan planos del interior sino solamente sus medidas interiores e infografías de su vista exterior. Tras la presentación de la documentación aclaratoria y complementaria a fin de acreditar el cumplimiento de la normativa de accesibilidad se aportan, ahora sí planos de planta acotados del interior de los tres modelos de aseo. En ellos aparecen unas medidas del interior aparentemente superiores, pues manteniéndose las medidas exteriores y el ancho del modelo “reflejos” en 180 cm., el fondo se cuantifica ahora en los informes aportados junto al recurso en 2.717 cm. Sin embargo se obvia que dentro del mismo ancho exterior se ha incluido el cuadro regular con las medidas iniciales y una medición diferente hasta llegar a los 2.717 cm, explicada como resultado de una manera distinta de realizar la medición dado el carácter irregular del modelo de aseo. Es de destacar que cuando el informe pone de manifiesto que se han modificado las dimensiones del ancho interior lo hace por referencia al ancho interior declarado en la ficha técnica que fue objeto del anterior informe, no hace mención a que se esté valorando un modelo diferente. Como se ha explicado, tratándose del mismo modelo y habiendo realizado el informe, no sobre el modelo físicamente presente sino sobre la documentación técnica remitida, es evidente que se ha informado en relación a la facilitación de dos medidas de ancho interior distintas que no han sido comprobadas in situ. Y la diferencia de mediciones

no responde a un cambio de lo ofertado sino a una apreciación distinta del concepto ancho interior en modelos irregulares.

La empresa recurrente se limita a presentar un planteamiento parcial de distribución interior de los aseos. El error se deriva de la interpretación del concepto de “fondo interior” que realiza EMU de los datos que se extraen de las fichas de la oferta presentada por la empresa CC, basando sus argumentos en una interpretación unilateral de las posibles y múltiples soluciones de diseño interior del aseo, limitándose a aplicar la que no permite cumplir la normativa de accesibilidad.

Como ya hemos señalado, las dimensiones de los aseos con que EMU fundamenta sus argumentos se extraen de los datos de las fichas de características de cada elemento de mobiliario urbano según modelos del Anexo VII del PPT, que se incluyó con el objeto de que fuese un resumen de los aspectos más importantes de los elementos que integran cada familia. Sin embargo, algunos de los conceptos utilizados en las fichas no tienen una definición técnica precisa y son susceptibles de diversas interpretaciones.

El diseño de la ficha planteaba la inclusión de los datos referidos a dos dimensiones interiores (fondo y ancho), partiendo del supuesto de que los aseos tuvieran una configuración interior uniforme, o sea un paralelepípedo regular, obviando la posibilidad que en los mismos hubiese diferentes distancias dependiendo de la complejidad de su diseño. La empresa CC interpretó que debía incluir las dimensiones interiores mínimas no teniendo opción, por la configuración de la ficha, a expresar que el aseo podía tener diferentes dimensiones. Nada hay en los pliegos que permita interpretar qué tipo de dimensiones (mínimas, máximas o incluso medias) debían o podían reflejarse en las citadas fichas

CC presentó los planos y diseños interiores de los aseos ofertados como consecuencia de un requerimiento del órgano de contratación y tales diseños interiores, lejos de alterar los parámetros y elementos recogidos en las fichas

presentadas en la oferta, los desarrolla y detalla, como consecuencia precisamente de un escrito presentado por EMU en el que se ponían de manifiesto varios supuestos incumplimientos de la oferta de CC. Estos planos venían a desarrollar, concretar y detallar los parámetros, elementos y condiciones de los aseos ofertados mediante la representación gráfica de la distribución interior, pero sin que éstos fueran modificados desde el punto de vista técnico, puesto que, tales detalles interiores no fueron recogidos en la oferta inicialmente porque el pliego no los exigía. Las cotas interiores reflejadas en las fichas se corresponden con las cotas interiores mínimas reflejadas explícitamente en los planos de detalle aportados por CC a requerimiento de la Mesa de contratación, no apreciando ninguna modificación de los aseos ni de la modificación del diseño, manteniéndose claramente inalteradas las medidas exteriores. La interpretación de la geometría que según EMU se ajusta a las dimensiones declaradas en la ficha técnica en el caso del modelo ovalado es incluso incompatible con las propias dimensiones exteriores de la cabina.

El informe pericial aportado por EMU adjunto al recurso parte de la presunción de que la distribución interior era regular. Por ello todo su análisis y conclusiones parten de un supuesto erróneo.

Los diseños interiores de los aseos ofertados por CC son irregulares. Es decir, que dentro de las dimensiones máximas exteriores indicadas en las fichas aportadas en la oferta, las referencias de ancho y fondo interior, pueden variar en cuanto a su medición, precisamente por la forma y diseño irregular del aseo en su interior y la disposición interior de los diferentes elementos que lo integran.

El informe de AENOR de 18 de diciembre de 2015 en relación a las consideraciones sobre accesibilidad afirma que *“la evaluación de la accesibilidad universal sobre cabinas de aseo públicas tiene consideraciones que pueden no ser observadas y evaluadas en planos y por este motivo los servicios técnicos de AENOR consideran oportuno complementar esta evaluación con una evaluación de detalle sobre prototipos ya construidos de estas cabinas”*.

En el informe que CC acompaña al escrito de alegaciones elaborado por un ingeniero del Área de Ingeniería de la Construcción de la Universidad de Oviedo explica sus conclusiones en contraposición a las afirmaciones de EMU y sostenidas en el informe pericial que adjunta, en cuanto a las discrepancias en las dimensiones de los aseos y las exigencias en materia de accesibilidad y explica que *“dichos planos fueron interpretados libremente por parte de EMU como de forma rectangular, tomando como base la dimensión incluida en la ficha denominada “fondo interior” y como anchura la dimensión denominada en la ficha como “ancho interior”.*

Sin embargo, si se analizan los planos aportados por CCE al requerimiento de documentación complementaria de 18 de abril de 2015 (mencionado en el punto IV del apartado 3 “Documentación previa” de este mismo informe técnico), se comprueba cómo los aseos no se han diseñado con las caras paralelas dos a dos, dado que la estructura interior de los recintos, según se aprecia en los planos, es irregular, constandingo que uno de ellos presenta forma ovalada con evidente claridad. En consecuencia, la conclusión llevada al recurso especial de EMU no es válida desde el punto de vista técnico, dado que esta firma, en el llamado documento nº 18 adjunto al recurso, plantea la hipótesis de que los aseos tienen una forma interior rectangular, sin considerar otras posibilidades de diseño, cuestión que se reporta falsa al apreciarse con claridad esa configuración irregular en los planos de referencia aportado por CCE en sede de aclaración”.

“El perito de EMU ha considerado que esas eran las dimensiones interiores “totales”, lo cual es erróneo (son dimensiones interiores “mínimas”) por lo que sus “interpretaciones gráficas” de los diseños de CC (que no ha visto) no se ajustan a los diseños realmente presentados”. Y varios párrafos más adelante señala: “De ese evidente “error de interpretación” (sobre a qué dimensiones corresponden en realidad las medidas reseñadas en la ficha de características) se sigue que el perito de EMU afirme, equivocadamente, que “se han variado las medidas interiores”, algo que no se compadece con lo que puede observarse en los planos interiores de

detalle, coincidentes en todo, como ya se ha dicho, con la documentación aportada en la oferta.”

Asimismo se ha limitado a una interpretación única de “fondo interior” sin prever que en las mismas se pueda determinar tomando como punto de partida diferentes conceptos. En este caso, el dato que se exige en la ficha “fondo interior” es muy simple y puede ser objeto de varias interpretaciones por los licitadores en el momento de formular sus ofertas, ya que no permite más que una identificación genérica. No obstante esta generalidad incorporada por la Administración en sus pliegos permite la validación y calibración de las ofertas mediante la interpretación conjunta del resto de los requerimientos técnicos y no puede perjudicar en modo alguno a los licitadores, ya que, obviamente, si la oferta cumple con los requisitos exigidos en los pliegos debe ser admitida y valorada.

En conclusión de lo expuesto por las partes y de lo que consta en el expediente solo puede sostenerse que EMU, en fase de aclaraciones, procedió a portar los planos de distribución interior de los aseos, sin que los informes periciales y documentación aportada en fase de recurso demuestren que se ha producido una modificación de la oferta que sería contraria a la ley.

Sexto.- Finalmente en el escrito de ampliación del recurso se hace mención a que la cláusula 4 del PPT establecía que la oferta técnica debía incluir los cálculos técnicos de estabilidad estructural y, además, la limitaba a 150 hojas (por las dos caras). Es decir, los licitadores debían limitar su oferta a 300 páginas (150 folios por las dos caras).

CC, en su oferta, en lugar de incluir los cálculos de estabilidad incluyó un informe de un ingeniero industrial en el cual, en dos páginas, certificaba que dichos cálculos habían sido realizados. La ausencia de los cálculos de estabilidad en sí, motivó que el Ayuntamiento acordase inicialmente la exclusión de la oferta de CC, por incumplir la cláusula 4 del PPT. La Resolución 168/2015 de este Tribunal, estimó

el recurso de CC, interpuesto contra la decisión municipal inicial de excluir su oferta y le dio la posibilidad de subsanar su oferta.

Entiende la recurrente que dado que el trámite de subsanación tenía por objeto completar el contenido del informe del Ingeniero, resulta que al momento de subsanar, CC sólo disponía de cuatro páginas para aclarar/subsanar su oferta sin sobrepasar el máximo de 300 páginas (150 hojas). No obstante, el documento incluyendo los cálculos de estructura aportados posteriormente por CC para subsanar esta cuestión está formado por 349 páginas. De lo expuesto, la recurrente EMU, concluye que:

(i) Si se admitiese el documento de subsanación de CC, resulta evidente que el mismo incumple el límite de páginas y con ello el principio de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores pues ella tuvo que prescindir de incluir determinada información por incorporar los cálculos de estabilidad que, como hemos visto, era una información muy voluminosa. Esta situación debe conducir a la exclusión de la oferta de CC.

(ii) Si consideramos que no debe admitirse el documento de subsanación por la parte que excede el número máximo de páginas, resulta evidente que su oferta no incluye toda la información requerida por los pliegos y, por tanto, procedería igualmente su exclusión por incumplir la cláusula 4 del PPT.

Como la propia recurrente indica en sus alegaciones se trata de un trámite de aclaración, lo que significa que la documentación aportada por CC es suficiente para que la Administración pueda entender la oferta presentada y realizar una correcta valoración de la misma, máxime cuando la documentación aclaratoria no es susceptible de valoración dentro de los criterios puntuables en la licitación. Esta tesis fue la adoptada por este Tribunal en el Acuerdo de 21 de octubre ya citado que en su Fundamento Quinto señala *“que la aportación de los cálculos como valores numéricos han sido desde el inicio acreditados a través de las condiciones de cálculo en el informe incluido en la oferta técnica y como queda acreditado a través del informe pericial técnico de 28 de septiembre de 2015 adjunto al recurso, su*

inclusión en la oferta ofrecería los mismos resultados aportados, no ejerciendo repercusión alguna sobre el contenido material de la oferta, se considera que la Mesa de contratación antes de proponer la declaración de desierto del expediente debió posibilitar la corrección de la deficiencia detectada y permitir la incorporación de los cálculos que según constaba en la oferta presentada ya existían y se ponían a disposición de la Administración, a fin de que a la vista de los mismos se valore la viabilidad y coherencia de la oferta y, en su caso, se proceda a la valoración de los criterios de adjudicación.” En este punto la alegación del recurso pretende cuestionar el contenido de la Resolución.

La subsanación o aclaración de una oferta implica la aportación de nueva documentación, no la sustitución de la oferta inicialmente presentada, ya que en caso de admitirse podría implicar la alteración de la oferta. Subsanan la documentación no significa sustituir la documentación por el mismo número de hojas que se pida aclarar. Tal planteamiento es incongruente ya que en todo caso si fuese así, no se podría subsanar o aclarar ninguna oferta.

Recordar en este punto que en el caso que la oferta de EMU, una de las causas de exclusión fue la omisión del cálculo técnico de la estabilidad estructural del mupi digital de la familia 3. En este caso, tal como consideró este Tribunal, si la empresa sólo hubiese incurrido en la referida causa también se le reconocía que podría haber subsanado la documentación y continuar en el proceso de licitación.

Séptimo.- En su escrito de alegaciones CC considera probado y acreditado que la recurrente ha actuado con manifiesta mala fe y temeridad y solicita expresamente, al amparo del artículo 47.5 TRLCSP y del 31.2 del RPERMC que el Tribunal imponga a EMU una multa de entre 1.000 y 15.000 euros. A este respecto, la imposición de la multa -que considera ha de ser en su grado máximo- viene justificada y motivada por:

a) En primer lugar, porque con carácter general, todo el recurso especial - incluyendo la argumentación sobre la legitimación de EMU- constituye una verdadera manipulación e interpretación sesgada e interesada de la documentación obrante en el expediente, de la información facilitada por los licitadores y de las propias resoluciones de este TACPCAM.

b) EMU ha sustentado todo su recurso especial sobre un elemento inexistente, fruto de una interpretación libre e intencionada, no justificada técnicamente, como es la acotación de las medidas y elementos de la oferta de Clear Channel (el “fondo interior”). Y todo ello con la única finalidad de “crear” un incumplimiento cuando realmente no existe el mismo.

c) EMU ha presentado un informe pericial carente de todo rigor, realizado a través de una información parcial, “preparada y dirigida”, nuevamente con la finalidad última de que el perito llegue a las conclusiones que EMU quiere que llegue.

d) Lo que es más grave: EMU ha tergiversado un documento de un tercero (el informe de AENOR de 18 de diciembre de 2015) con el objetivo de darle un sentido totalmente distinto al mismo, en perjuicio de Clear Channel.

e) Y finalmente, es evidente que el recurso se interpone también por EMU con una intención claramente dilatoria, con el ánimo de retrasar la formalización del contrato con Clear Channel y así mantenerse en la explotación del servicio, del que es actualmente contratista.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 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 núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *"ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita"*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), 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 1ª) 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”.

A la vista del contenido del recurso, que incluso a la vista de los planos hace una interpretación interesada de las mediciones interiores de los aseos declarada por CC no admitiendo que esa medición puede dar adecuado cumplimiento a las normas de accesibilidad si la medición se ha facilitado según cierta manera de medir sin tener en cuenta la medición real y las alternativas varias a considerar, al no existir una estandarizada técnicamente, de los modelos no paralelepípedos, se advierte la existencia de un abuso del derecho al recurso que altera su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, con evidente temeridad y mala fe. Por otro lado se está acusando a CC de haber variado el contenido de su oferta, y al órgano de contratación de haberlo aceptado, cuando sabe perfectamente que los datos de mediciones constan desde el principio en la oferta presentada y son coincidentes con la explicación ofrecida en fase de aclaración sobre los planos de interior presentados. Grave acusación que para el licitador supondría la exclusión del procedimiento e incurrir en causa de prohibición para contratar y para el órgano de contratación una infracción casi delictiva.

En virtud de lo solicitado por CC y lo expuesto, este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido mala fe en la interposición del recurso.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Este Tribunal considera que la multa debe imponerse en su grado medio al haberse obligado al órgano de contratación a correr con los gastos de la tasa por la resolución del recurso a que se refiere el artículo 32.1 de la Ley de

Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, en la redacción dada por el artículo 9 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público (618,18 euros), gastos de cuantía indeterminada por la defensa jurídica a la adjudicataria y especialmente el retraso en el inicio del contrato por el nuevo adjudicatario y perjuicio a la entidad contratante que no puede disponer de los nuevos servicios sino con retraso sobre lo previsto. Se trata además de un contrato de gran importancia económica (valor estimado de 400.335.963 euros). Por tanto, este Tribunal fija el importe de la multa, atendido el tenor de los argumentos precedentes, en el importe de 7.500 euros.

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 por doña E.C.B., en nombre y representación de El Mobiliario Urbano S.L.U. (en adelante, EMU), contra la adjudicación del contrato “Gestión del servicio público, modalidad de concesión, de mobiliario urbano municipal informativo y de otros servicios en el término municipal de Madrid”, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 132/2014/02229.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP por importe de siete mil quinientos euros (7.500 euros).

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 26 de abril.

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.