

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

En Madrid, a 4 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña E.C.B., en nombre y representación de El Mobiliario Urbano, S.L.U., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, por el que se declara desierto el proceso de licitación del contrato de “Gestión del servicio público de mobiliario urbano municipal informativo y de otros servicios en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 132/2014/02229, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el contrato tiene unos gastos de primer establecimiento de 23.914.487 euros y una duración de 12 años.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 29 de mayo de 2015,

en el BOE y en el perfil de contratante con fecha 27 de mayo. El valor estimado asciende a 400.335.963 euros.

Segundo.- La cláusula 23 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece lo siguiente:

“Los licitadores deberán incorporar en el sobre la documentación acreditativa de los criterios establecidos como no valorables en cifras y porcentajes que no podrá exceder de 150 hojas con la documentación técnica, gráfica y con el resto de la documentación que se especifica en el Pliego de Prescripciones Técnicas. En esta información técnica deberá incluirse, para cada elemento de cada familia, una memoria de diseño, con descripción de los materiales empleados, planos de diseño industrial y documentos con los cálculos que acrediten, bajo la responsabilidad del licitador, la suficiente resistencia y estabilidad estructural para cada elemento de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

No computarán a efectos de las 125 hojas el Ciclo de Vida, el Plan de Riesgos Laborales y los Anexos I, II y III del PPT.”

Por su parte, la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece que:

“La oferta del licitador incluirá cuanta documentación técnica de diseño, incluyendo cálculos técnicos de estabilidad estructural y cimentación, construcción, instalación y mantenimiento sea precisa para definir completamente todos y cada uno de los elementos ofertados con los límites establecidos para el ‘SOBRE B’ del Pliego de Condiciones Administrativas. Con las propuestas de mobiliario que se presenten por los licitadores se aportará, para cada uno de los elementos, un estudio de Análisis del Ciclo de Vida (ACV) como justificación de su compatibilidad con un desarrollo sostenible y respetuoso con las condiciones medioambientales.

Se fijan las siguientes condiciones que deberán cumplir las propuestas que se presenten por los licitadores, que deberán presentar obligatoriamente tres (3) familias del mobiliario urbano, compuestas por los distintos elementos del contrato,

indicando el coste de cada uno de los elementos propuestos todo ello conforme a la ficha recogida en el ANEXO VII”.

Tercero.- A la licitación se presentaron dos ofertas, una de ellas la recurrente.

Con fecha 15 de septiembre de 2015 fue notificado a la recurrente el Decreto de 7 de septiembre de 2015, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, por el que se acordó excluir la proposición presentada por ambos licitadores y se declara desierto el procedimiento de contratación en la medida en que *“las ofertas presentadas por los licitadores no cumplen con los criterios exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen 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”.*

En particular, el Decreto impugnado respecto de El Mobiliario Urbano S.L.U. (JCDecaux), en lo sucesivo EMU, señala los dos siguientes motivos de exclusión de su oferta:

“1. En la oferta se presentan dos modelos de MUPIS de Información de servicio público por cada familia:

- Opción base de mupi de Información de servicio público.*
- Opción propuesta a título de mejora.*

Por tanto, JCDecaux ha presentado siete elementos y no seis como se exigían en los pliegos.

En el PPT no se contemplaba la posibilidad de ofrecer variables de diseño, de conformidad con el apartado 14 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

De acuerdo con lo establecido en los pliegos, la presentación de los dos modelos incumple las condiciones del pliego que rige la licitación y por tanto es causa de exclusión.

2. En los mupis pilas, la boca de depósito no cumple con la normativa de accesibilidad de la Orden VIV/661/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla, el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados.

En su capítulo VII, el artículo 25 relativo a las condiciones generales de ubicación y diseño de mobiliario urbano establece: ‘Los elementos no presentarán salientes de más de 10 centímetros’.

El mobiliario propuesto por el licitador presenta un saliente de 15 centímetros.

La cláusula 4.2 del PPT establece que ‘El mobiliario ofertado, tanto en los elementos en sí mismos como en la que se refiere a su 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’. Asimismo, en el punto 2, relativo al régimen jurídico básico, del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se hace expresa mención a la aplicación de la Orden del Ministerio de Vivienda en el presente concurso.

El error en el diseño de un mueble es motivo de exclusión del proceso de licitación, de conformidad con el apartado 23 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

3. La empresa ha presentado los cálculos de estabilidad estructural de 11 elementos pero ha omitido el relativo al del mupi digital de la Familia 3.

La ausencia del cálculo técnico de estabilidad estructural y cimentación de este elemento es causa de exclusión del proceso de licitación ya que la documentación no está completa, de conformidad con el apartado 23 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.”

Consta en la notificación que “el decreto objeto de la presente notificación pone fin a la vía administrativa, pudiéndose interponer contra el mismo recurso de reposición ante el propio órgano que lo ha dictado, en el plazo de un mes desde el día siguiente a la notificación o publicación de la presente, (...)”.

Cuarto.- El 2 de octubre de 2015 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Clear Channel España S.L. Mediante Resolución 168/2015, de 21 de octubre, se acuerda estimar el mismo, anulando el Decreto de 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.

Quinto.- El 15 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Madrid escrito calificado como recurso de reposición, formulado por la representación de EMU en el que se alega inexistencia de las causas de exclusión y solicita que se anule el Decreto de 7 de septiembre de 2015, en lo que respecta a la exclusión de dicha empresa y se declara desierto el procedimiento de licitación y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión y proceda a su admisión ordenando la valoración de la oferta técnica y económica para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

El 26 de octubre el órgano de contratación, considerando que dicho recurso debe calificarse como recurso especial en materia de contratación y no como de reposición, lo remitió a este Tribunal junto al expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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) y lo comunicó a la recurrente. Concluye el informe que la administración se limitó al análisis de la oferta atendiendo a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Admitir una oferta que no cumple con las exigencias establecidas en los pliegos sería vulnerar los principios esenciales de la contratación pública.

El mismo día 26 EMU, en atención a la Resolución 168/2015, de 21 de octubre, presenta ante el Ayuntamiento un escrito formulando una serie de

alegaciones en el que argumenta que el defecto en la indicación de la procedencia del recurso de reposición en ningún caso puede perjudicarles ni beneficiar a quien ha actuado de manera incorrecta; que la mencionada Resolución recoge un criterio antiformalista y favorable a la interpretación restrictiva de las causas de exclusión; que se ha producido indefensión y vulneración del procedimiento de tramitación del recurso especial al no haberle sido dado traslado del otro recurso presentado en el mismo procedimiento y que resulta esencial que el Ayuntamiento no pueda dar un tratamiento diferente a los dos licitadores, sino que deberá aplicar a ambos de forma idéntica lo establecido por el Tribunal en la Resolución.

El día 27 de octubre EMU ha presentado en este Tribunal escrito informando al mismo de que el 26 de octubre le ha sido comunicado por el Ayuntamiento que el recurso de reposición ha sido remitido a este Tribunal y que ha presentado el mencionado escrito de alegaciones, facilitando copia del mismo.

Sexto.- Según el artículo 46.3 del TRLCSP dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso se dará traslado del mismo a los restantes interesados para formular alegaciones. Consta en el expediente que a la licitación se presentaron dos licitadoras resultando ambas excluidas. Los licitadores excluidos que no han presentado recurso, en principio, no ostentan la condición de interesado pues no han mostrado su interés por permanecer en el procedimiento y la decisión que se adopte no afectará a sus derechos sino al recurrente que puede resultar admitido o excluido. En este caso, habiéndose presentado recurso por Clear Channel, el mismo ha resultado estimatorio ordenando la retroacción de actuaciones, por tanto, en la tramitación de este expediente de recurso no está excluido y mantiene su condición de interesado y, por tanto, se le ha dado trámite de alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Clear Channel en el que solicita la inadmisión del recurso o subsidiariamente la desestimación íntegra. En primer lugar alega que no procede la admisión del recurso de reposición como recurso especial

en materia de contratación ni las alegaciones complementarias presentadas el 26 de octubre por haberse presentado fuera de plazo e inexistencia de indefensión por el hecho de que este Tribunal no hubiera otorgado plazo de alegaciones a EMU. En segundo lugar alega que no es cierto que los defectos de ambas empresas que supusieron su exclusión por el Ayuntamiento de Madrid sean similares sino de distinto carácter, trascendencia y efectos. Considera que no se puede subsanar la oferta en relación con la existencia de una oferta variante expresamente prohibida pues la *“opción propuesta a título de mejora”* posee la naturaleza de una alternativa adicional y no una mejora con funcionalidades extras como alega a recurrente y pone de manifiesto que EMU planteó una pregunta en relación a la identificación del mobiliario de mupi de servicio público a la cual se le contestó que *“no contará con ningún elemento accesorio adicional identificativo, solamente llevará una franja superior en la cara del plano que será impresa. Forma parte de los 2 metros cuadrados de superficie municipal”*. En relación al incumplimiento de la normativa de accesibilidad entiende que no es posible la subsanación de la oferta porque la modificación del diseño supondría la modificación de la misma. Finalmente considera que no se puede acceder a la subsanación del error consistente en la omisión de los cálculos estructurales de uno de los elementos de la familia 3 (mupi digital).

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en el procedimiento *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP), al haber resultado excluida.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato calificado como 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.b) del TRLCSP.

Cuarto.- Según dispone el artículo 44.2 del TRLCSP el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado (...).

El decreto impugnado fue adoptado el 7 de septiembre de 2015, practicada la notificación el 15 de septiembre, e interpuesto el recurso el 15 de octubre de 2015, excediendo el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

La notificación de la declaración de desierto del procedimiento y exclusión de las dos licitadoras fue defectuosa en cuanto indica la procedencia de la interposición del recurso de reposición, en lugar del especial en materia de contratación que es el procedente en virtud del artículo 40 del TRLCSP.

En consecuencia, el error en la determinación del recurso procedente no es imputable al recurrente que obró según lo manifestado en la notificación recibida. En virtud de lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán

efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

En consecuencia habiendo sido interpuesto el recurso indicado en la notificación remitida dentro del plazo indicado en la misma, el principio de buena fe y no vulneración del derecho a la defensa supone que el recurso especial se planteó en tiempo.

Quinto.- La cuestión que se plantea en el presente recurso se refiere al cumplimiento de las condiciones del PCAP por la oferta técnica presentada EMU.

Los pliegos que rigen una licitación establecen qué condiciones deben reunir las ofertas de los particulares, las características del objeto y el trámite que se seguirá en el procedimiento de que se trate, debiendo garantizar que todo el proceso se ajusta a los principios que rigen la contratación pública.

En este caso, los pliegos no han sido objeto de impugnación por lo que se presume su legalidad y validez. Las consecuencias de un posible incumplimiento quedaban establecidas y por tanto, eran conocidas por los licitadores.

La cláusula 23 del Anexo I del PCAP relativo al Sobre B, establece lo siguiente: *“En caso de no ser aportada la documentación o demás elementos indicados en el sobre B, o si aun siendo aportado, fuera manifiestamente inviable o incoherente con las prescripciones técnicas exigidas en el PPTP del contrato, supondrá su exclusión del proceso de licitación”.*

Así mismo la cláusula 4 del PPT establece: *“Quedarán excluidas de la licitación cada proposición que no cumpla todas las condiciones y características de los elementos establecidas en la presente cláusula”.*

Cualquier incumplimiento en el que se base la exclusión de una oferta debe encontrarse fundado bien en la ausencia de documentación insubsanable o bien en el carácter inviable o incoherente de la oferta presentada según lo previsto en el PPT. La exclusión de ofertas además, debe ser interpretada de forma restrictiva, puesto que una aplicación extremadamente rigurosa sería contraria al principio de libre concurrencia.

En concreto el recurso se dirige contra los tres motivos de exclusión de la oferta de la recurrente:

1. En la oferta se ha presentado un elemento con una variable de diseño y, por tanto, se han presentado más elementos de mupi de los requeridos por el Pliego.

De conformidad con lo establecido en la cláusula 1.1 del PPT, el mobiliario ofertado mantendrá dentro de cada familia la misma línea compositiva, formando una unidad de diseño con características comunes. Cada familia estará compuesta por el modelo del elemento base al que se le irán añadiendo los distintos servicios dando lugar a la presentación de los distintos modelos según el servicio incorporado. Cada una de las tres familias de mobiliario urbano que debía presentarse a la licitación estaba compuesta por los siguientes elementos:

1. Mupi de información general.
2. Mupi de información de servicio público.
3. Mupi digital.
4. Mupi contenedor de pilas.
5. Columna.
6. Contenedor de vidrio.
7. Aseo accesible.

En la oferta presentada por EMU, se incluye una versión de todos los elementos de cada familia, salvo del mupi de servicio público, del que se

presentaron dos, la primera que se ajustaba básicamente a las exigencias del Pliego, mientras que la segunda proponía una serie de características funcionales adicionales. Concretamente EMU presentó una ficha común a los dos modelos de los mupis de información de servicio público con la siguiente redacción:

“A título de mejora, el licitador ha propuesto una opción de diseño específico para una más fácil identificación visual de este tipo de soporte en la calle por parte de los ciudadanos, incluyendo un espacio adicional en la parte superior, sin que la altura total del Mupi exceda el máximo de 3 metros exigido por la cláusula 4.4 del PPT, pudiendo el Excmo. Ayuntamiento de Madrid optar sin coste adicional para el Ayuntamiento por esta mejora u optar, en su caso, por integrar la franja definitoria del servicio en el plano dentro de la estructura del Mupi opción base”.

En el Informe de valoración de 21 de julio de 2015, a este respecto se indica que ha presentado siete elementos y no seis como exigían los pliegos.

Según la recurrente, lo hizo porque siete eran los elementos exigidos en la cláusula 1.1 del PPT. Sin embargo, basta la lectura de la misma para comprender que la exigencia del pliego se refiere a siete elementos en cada familia, o sea tres diseños de cada elemento, es decir, del elemento “mupi de información de servicio público”, un total de tres, uno por cada familia, siendo que EMU ha presentado un total de seis al ofertar una opción de este elemento en cada una de las familias.

Según la recurrente, presentó un diseño de mupi que se ajustaba exactamente a las exigencias de base explicitadas por el Pliego, mientras que la segunda proponía una serie de características funcionales adicionales orientadas a conseguir, de forma más plena, el objetivo de prestar el servicio de información de servicio público que fue definido por el pliego. Esta última versión fue propuesta de modo opcional, para su consideración o no, a criterio del Ayuntamiento y sin que suponga ningún coste adicional para este último, pudiendo no valorarla, pero sin que su presentación sea un motivo que justifique la exclusión de la oferta. El órgano de contratación califica la misma como una “variable” y justifica la exclusión de EMU en

la existencia de una variante no admitida por el pliego. No obstante, dicha versión adicional opcional no puede calificarse como variante, sino como solución de optimización del servicio propuesta a título opcional sin ningún carácter vinculante. Concluye la recurrente que EMU en su oferta presentó una mejora, no una variante, consistente en presentar un mupi de servicio público con mayores funcionalidades que el previsto en los pliegos. De conformidad con el TACRC la introducción de una mejora no prevista en los pliegos, debería implicar, si acaso, su no valoración pero, en ningún caso, la exclusión de la oferta.

La posibilidad de introducir variantes o mejoras se encuentra regulada en el artículo 147 del TRLCSP, precepto que regula estas figuras desde la perspectiva de la obligación del órgano de contratación de establecer en los pliegos y en el anuncio de licitación si se admiten las mismas y en qué términos.

La cláusula 14 del Anexo I del PCAP se establece lo siguiente:

“14-. Admisibilidad de variantes.

Procede: NO”.

La simultaneidad de proposiciones supone que un mismo licitador presenta varias candidaturas u ofertas a la misma licitación, lo que supone una quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores. En tal sentido el artículo 145.3 del TRLCSP establece el principio general de inadmisión de más de una proposición por licitador y la excepción particular cuando el pliego de cláusulas permite la presentación de variantes o mejoras precisando sobre qué elementos y en qué condiciones: *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”*

La Resolución 43/2011, de 28 de este Tribunal, ofrece una distinción entre el concepto “variante” y el concepto “mejora”, señalando que, mientras que *“las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a las prestación objeto de la licitación y se concretan en una proposición adicional”* las mejoras *“son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador”*. Esta distinción no es baladí. La introducción de variantes no previstas en los pliegos es equiparable a la presentación de una oferta alternativa, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, que conduce a la exclusión de la oferta. Por su parte, la presentación de una mejora no prevista en los pliegos, simplemente se tiene por no puesta por el órgano de contratación en el momento de valorar ofertas.

La cláusula 18 del Anexo I del PCAP relativa a los criterios no valorables en cifras y porcentajes establece, como criterios de valoración:

- propuestas en las que el diseño del mobiliario se adapte mejor al paisaje urbano de la ciudad, valorando:
 - *“integración de los modelos propuestos en los diferentes escenarios, tipologías edificatorias existentes y respeto al ambiente paisajístico en que se instale..... 5 puntos*
 - *Compatibilidad y coordinación del mobiliario propuesto respecto del resto de los elementos de mobiliario urbano existentes..... 5 puntos*
 - *Mejores propuestas de solución a las distintas necesidades y utilidades para formar familias..... 5 puntos”*

En el supuesto que nos ocupa los mupis a instalar no están totalmente definidos en el PPT, que solo fija las condiciones generales de diseño y construcción, sino que corresponde a los licitadores, dentro de la libertad creativa y de diseño, concretarlas para cada elemento en el modelo de ficha de características de mobiliario urbano que ha de presentar. Es decir, se está contratando un mobiliario

urbano cuyas características no están absolutamente predeterminadas, siendo objeto de valoración mediante los criterios de adjudicación, para la selección de la oferta económicamente más ventajosa, los diferentes aspectos que se indican en el PCAP respecto de los modelos presentados. De manera que la comparación de unos en relación a otros, aunque tengan el mismo precio, implica la valoración de las diferentes condiciones de diseño y técnicas de los diferentes licitadores de forma competitiva de unos respecto de otros, de modo que quien presenta dos modelos cuenta con dos posibilidades de valoración o dos proposiciones frente a los demás que solo han presentado una, lo cual vulneraría el principio de igualdad de trato.

La recurrente ha propuesto al órgano de contratación la opción de elegir entre dos modelos de uno de los elementos en las tres familias que forman el objeto del contrato con el mismo precio, pero con diferencias de diseño *“para una más fácil identificación visual”* de este tipo de soporte por parte de los ciudadanos incluyendo un espacio adicional en la parte superior. En este caso, el licitador compite con dos ofertas diferentes valorables de acuerdo con los criterios de adjudicación, pues según los criterios que figuran en el PCAP para la adjudicación del contrato no solo se tendrá en cuenta el precio, sino que puntúan cuestiones valorables mediante juicio de valor y para la adjudicación puede influir que la valoración se haga sobre una u otra de las propuestas del elemento *“mupi de información de servicio público”*.

Conviene recordar que el artículo 145 del TRLCSP utiliza el término *“proposiciones”* para aludir a la prohibición de presentar más de una. El término proposición ha de venir referido a todas las circunstancias objeto de valoración en los criterios de adjudicación del contrato. Por eso, tratándose de un procedimiento con pluralidad de criterios valorables, unos mediante cifras o porcentajes y otros sujetos a juicio de valor, la presentación de más de una opción en cada familia constituiría un supuesto de ofertas alternativas que compiten entre sí puesto que la presentación de productos que puedan obtener diferente calificación supone la presentación de variantes. Es decir, las *“fichas de características técnicas del*

mobiliario urbano” presentadas por la recurrente contienen variantes como dos soluciones técnicas.

En consecuencia, procede desestimar el motivo de recurso y mantener la decisión del órgano de contratación de exclusión de la recurrente por presentación de ofertas variantes o simultáneas.

Siendo este motivo suficiente para la desestimación del recurso no procedería analizar el resto de motivos, no obstante el Tribunal en aras a decidir sobre todas las cuestiones planteadas, se pronunciará también sobre ellos.

2. El Mupi Pilas (1 de los 7 elementos requeridos) no se adecúa a la normativa de accesibilidad de la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de la accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos.

Según el Informe de valoración técnica de 21 de julio de 2015, *“la boca de depósito del Mupi Pilas (1 de los 7 elementos requeridos) no cumple con la normativa de accesibilidad”* al presentar un saliente de 15 centímetros en lugar de los 10 previstos en la normativa de accesibilidad.

La cláusula 4.2 del PPT establece que *“El mobiliario ofertado, tanto en los elementos en sí mismos como en lo que se refiere a su 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”*.

El punto 2 del Anexo I del PCAP, relativo al régimen jurídico básico, se hace expresa mención a la aplicación de la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla, el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. En su capítulo VIII, el artículo 25.1.b) relativo a las condiciones generales de

ubicación y diseño de mobiliario urbano establece: *“El diseño de los elementos de mobiliario urbano deberá asegurar su detección a una altura mínima de 0,15 m medidos desde el nivel del suelo. Los elementos no presentarán salientes de más de 10 centímetros y se asegurará la inexistencia de cantos vivos en cualquiera de las piezas que los conforman”.*

Según la recurrente, fue el propio PPT, en la cláusula 4.4.2, el que incluyó exigencias que no cumplían con la normativa de accesibilidad autorizando una saliente de la boca de depósito 20 centímetros:

“4.4.2 Condiciones especiales de diseño y construcción para los mupis informativos destinados a la recogida de pilas usadas y baterías de móviles.

(...) Las características de diseño de este mupi, deberán responder a las siguientes dimensiones establecidas que, como máximo, serán las siguientes:

(...)

- Profundidad del mupi: 0,25 m.*
- Sobremedida zona de depósito: 0,20 m desde línea de cara.*
- Altura boca de depósito: 0,75 m desde rasante (...).”*

Según la recurrente el pliego no contempla la exclusión por errores de diseño. Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que, además, nuestros Tribunales han señalado que el mero incumplimiento de las condiciones del PPT no es causa de exclusión puesto que las obligaciones que se contienen en este documento deben verificarse en fase de ejecución de contrato, no en fase de licitación. Considera que el mero desajuste entre la oferta presentada y el PPT no es razón suficiente para excluir una oferta, puesto que los requisitos previstos en el PPT deben satisfacerse durante la ejecución del contrato, no antes. Y concluye que la mera existencia de una inadecuación entre la oferta y el PPT no puede ser, sin más, una causa de exclusión, sino que será necesario que dicha inadecuación afecte de forma directa a la prestación del servicio. Si a efectos meramente dialécticos se admitiese que existe un error en el diseño que puede ser causa de exclusión, el órgano de contratación

debe valorar hasta qué punto esa inadecuación de la oferta hace que la misma resulte inviable y, con base en ello, motivar y razonar la decisión de exclusión.

Añade que dicha inadecuación no es suficiente para determinar la inviabilidad de la prestación de la ejecución toda vez que su rectificación en la fase final de diseño del mobiliario, es una cuestión sencilla y fácilmente realizable. Sobre este aspecto apunta que el propio PPT, en su cláusula 4.2, prevé la posibilidad de que la Administración, en fase de ejecución del contrato, verifique la adecuación del diseño del mobiliario a través de la realización de pruebas experimentales antes de la instalación del mobiliario.

En otro orden de cosas, el recurso alega oscuridad o dificultad interpretativa en el PPT puesto que la propia cláusula 4.2.2 permitía que la saliente de la boca del depósito del mupi pilas tuviera una dimensión de 20 centímetros, no cumpliendo con la normativa de accesibilidad que prevé una saliente de 10 centímetros. Considerando que la inadecuación del diseño se deriva de una posibilidad admitida en el pliego, no puede perjudicarlo por la falta de claridad de los pliegos.

Según informa el órgano de contratación, los Pliegos permiten cierta libertad a los licitadores para presentar el diseño de los diferentes elementos, no obstante en aquellos aspectos en los que la Administración considera necesarios para valorar de forma adecuada la oferta, lo indica expresamente y más cuando se trata de temas de accesibilidad de obligado cumplimiento no sólo por la Administración sino por todos los agentes implicados en el diseño de la vía pública. Estas previsiones no son incompatibles con el cumplimiento de la normativa de accesibilidad ya que como tal se incluye en los diseños que acompaña al informe, se permite esta sobremedida porque en función del diseño del mupi pilas que se presentara estas medidas son admisibles.

A efectos de la resolución del recurso debemos partir de que la regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de

los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro, los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto, implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

El artículo 145 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

La doctrina elaborada por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los pliegos distingue los supuestos en que no cabe la exclusión porque afectan exclusivamente a la fase de ejecución del contrato y deben ser verificadas en dicho momento no pudiendo presuponer que dicho incumplimiento se vaya a producir, y aquellos otros casos en que la propia descripción de la prescripción técnica que se realiza en la oferta no se ajusta a lo requerido en el PPT, supuesto este que sí determina la exclusión del licitador.

El error en el diseño que implica la inviabilidad del elemento para poder instalarlo en la vía pública conllevaría incumplir con 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 a 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 sólo durante la ejecución del contrato, sino tampoco en la fase de licitación ya que pondría en una situación de desventaja a la otra empresa licitadora ya que supondría la 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.

Finalmente queda por comprobar si en el caso que nos ocupa realmente se cumple lo exigido en el PPT o existe una contradicción interna entre las cláusulas del mismo. De una parte se pone como límite a la presentación de modelos, la existencia de salientes de más de 10 centímetros. Por saliente ha de entenderse la parte que sobresale en una cosa, es decir, aquellos componentes que suponen un exceso sobre la medición del elemento base y no están proyectados verticalmente hasta el suelo, sino que tienen forma de voladizos o prominencias y suponen un peligro para los viandantes y las personas con movilidad reducida, por ello la normativa exige que se puedan detectar a una altura mínima de 0,15 m medidos desde el nivel del suelo y que los elementos salientes adosados a la fachada deben ubicarse a una altura mínima de 2,20 m. Por otra parte el PPT admite una sobremedida de hasta 20 cm, aparentemente contradictoria con lo anterior. Por sobremedida ha de entenderse el exceso de medición del elemento base proyectado verticalmente y que cumpla la normativa de limitación de salientes, es una mayor profundidad del mupi de recogida de pilas, que si inicialmente está limitada a 0,25 m, con esta sobremedida permitida para alojar el depósito de pilas puede alcanzar hasta 0,45 m. En consecuencia, no existe ninguna contradicción, oscuridad o laguna entre las cláusulas del PPT que señalan el régimen jurídico aplicable al servicio y la definición de las condiciones especiales de diseño que autoriza un sobredimensionamiento.

El modelo de mupi contenedor de pilas ofertado por EMU tiene un depósito elevado del suelo 30 cm con un fondo de 12,5 y un saliente o voladizo de 15 cm. No es, por tanto un sobredimensionamiento que cumple la normativa de accesibilidad para la utilización de los espacios públicos, sino un saliente que excede las medidas autorizadas por la normativa de accesibilidad, por lo que la oferta, tal como ha hecho constar el órgano de contratación debe ser rechazada y asimismo el motivo de recurso.

3. Se ha omitido el cálculo técnico de la estabilidad estructural del mupi digital de la familia 3, 1 de los 21 elementos requeridos (7 elementos que componen cada una de las 3 familias)

Las ofertas presentadas debían incluir el cálculo técnico de la estabilidad de cada uno de los 21 elementos ofertados (7 elementos para cada una de las 3 familias de mobiliarios).

La oferta presentada por EMU no incluyó el cálculo referido al mupi digital de la familia 3. No obstante, sí se aportó el cálculo del resto de los 20 elementos requeridos.

EMU alega improcedencia de excluir una oferta que incurre en un defecto subsanable, principio de subsanabilidad y vulneración del principio de concurrencia. La Jurisprudencia exige que para poder dar trámite de subsanación, es necesario determinar si la información omitida tiene por objeto cumplir con un requisito o verificar su existencia. En este sentido, serán subsanables las omisiones de información que tenga por objeto verificar la existencia de requisitos y serán insubsanables aquellas que se refieren su cumplimiento.

Respecto de la posibilidad de subsanación y no modificación de la oferta presentada ya se pronunció este Tribunal en relación al otro recurso presentado en

el mismo procedimiento de adjudicación (Resolución 168/2015, de 21 de octubre) cuya fundamentación conocen las partes y es aplicable también para la resolución de este recurso.

En el caso que nos ocupa, la información que faltaba en la oferta eran los cálculos respecto a uno de los veintiún elementos que exigían los pliegos.

La aportación de los cálculos omitidos de ninguna manera supondría la modificación de la oferta presentada y ninguna consecuencia anudaría su incorporación en aras a obtener una ventaja para la aplicación de los criterios de adjudicación siendo, además, que las bases del cálculo del mupi digital serán iguales a las de los otros mupis de información cuyos cálculos sí se han incorporado. Por ello procedería haber aceptado la subsanación. No obstante, habiendo sido desestimados los dos anteriores motivos de recurso que suponen la exclusión de la oferta, en nada beneficiaría su aportación.

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., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, por el que se declara desierto el proceso de licitación del contrato de “Gestión del servicio público de mobiliario urbano municipal informativo y de otros servicios en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 132/2014/02229.

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 47.5 del TRLCSP.

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

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