

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1, Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2021/0042043

Procedimiento Ordinario 1777/2021

Demandante: ELECTRICIDAD MÓVIL, S.A.

PROCURADOR D. ARTURO ROMERO BALLESTER

Demandado: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO EN ENTIDAD MUNICIPAL

MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO, SA

PROCURADOR Dña. MARIA ESPERANZA ALVARO MATEO

Perito:

SENTENCIA N° 65/2024

Presidente:

D. GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL

Magistrados:

Dña. BELEN MAQUEDA PEREZ DE ACEVEDO

D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

En la Villa de Madrid a veinticinco de enero de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Sres./a magistrados al margen relacionados el recurso contencioso-administrativo número 1777/2021 interpuesto por el procurador de los Tribunales don Arturo Romero Ballester en nombre y representación de la entidad mercantil ELECTRICIDAD MOVIL S.A., contra las resoluciones n° 255 y 258 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) que desestiman el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución del Presidente de la Mesa de Contratación de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. en el expediente n° SP20-00359, de 6 de mayo de 2021, por la que ha comunicado un desistimiento del procedimiento de contratación; y contra los pliegos del expediente de contratación expediente (n° SP21-00280), de 6 de mayo de 2021; siendo parte demandada en este proceso la empresa municipal mercantil MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO, S.A., representado por la procuradora de los Tribunales doña María Esperanza Álvaro Mateo y asistida por el don Joaquín Fernández de Angulo Martínez-Vara de Rey; y como parte codemandada el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado y asistido por letrada consistorial.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Promovido el recurso referido y siendo esta Sala competente para su conocimiento se admitió a trámite requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento de cuantos resultaren interesados. Recibido el expediente y entregado a la parte recurrente formuló demanda en la cual, tras la exposición de Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de legal y pertinente aplicación se termina suplicando *tenga por presentado este escrito, por FORMALIZADA DEMANDA en cuanto al indebido desistimiento por Madrid Destino de la licitación del contrato SP20-00359 (referido en el antecedente UNDÉCIMO, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de mayo de 2021, folio 1417 del EA 1; exp. SP20-00359) y a la invalidez de la convocatoria y pliegos (folios 125 a 128 del EA 2) del nuevo procedimiento de contratación SP21-00280, la admita y declare la invalidez de tales actos, en concreto:*

- 1) *Del desistimiento del exp. SP20-00359, con orden de retroacción del procedimiento de contratación para su objetiva y correcta prosecución y resolución, y con reconocimiento del derecho de esta parte a ser adjudicataria, con todos los derechos inherentes.*
- 2) *De la nueva convocatoria exp. SP21-00280.”*

Y dado traslado de la misma a la parte demandada Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., igualmente, en base a los Hechos y Fundamentos consignados, interesó que *“tras los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda e imponga las costas a la parte actora.”*

Y dado traslado a la Administración codemandada Ayuntamiento de Madrid en igual trámite interesó que *“en su día, y previos los trámites procesales oportunos, dicte Sentencia por la que:*

- 1) *Se inadmita el Recurso Contencioso-Administrativo frente al Ayuntamiento de Madrid por falta de legitimación pasiva del mismo.*
- 2) *Subsidiariamente, se dicte Sentencia íntegramente desestimatoria de las pretensiones de la actora.”*

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron estos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 24 de enero de 2024.

TERCERO.- La cuantía del procedimiento ha sido fijada en indeterminada.

Siendo ponente del presente recurso la Ilma. Sra. doña Belén Maqueda Pérez de Acevedo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. – La entidad mercantil ELECTRICIDAD MOVIL interpuso un único recurso especial en materia de contratación administrativa ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública contra las siguientes resoluciones:

- 1.- contra la resolución de fecha 6 de mayo de 2021 del Presidente de la Mesa de Contratación de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, por la que comunica el desistimiento del procedimiento de contratación en el expediente SP20-00359 *“suministro en régimen de arrendamiento, del transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje, incluyendo el combustible, así como el personal de montaje y guardia, de los generadores insonorizados con sus instalaciones eléctricas, certificados de correcto montaje e instalación, a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales, a adjudicar mediante procedimiento abierto”*, y
- 2.- Contra los pliegos del expediente de contratación SP21-00280 de 6 de mayo de 2021 relativo al contrato *“suministro en régimen de arrendamiento, del transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje, incluyendo el combustible, así como el personal de montaje y guardia, de los generadores insonorizados con sus instalaciones eléctricas, certificados de correcto montaje e instalación, a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales que se celebraran en la campaña veranos de la villa”* .

El TACP asignó el nº 231/2021 al recurso especial interpuesto contra el acuerdo de desistimiento dictado el día 6 de mayo de 2021 en el expediente de contratación SP20-00359; y dictó resolución desestimatoria nº 255/2021; y asignó el número de recurso 238/2021 al recurso especial interpuesto frente a los pliegos del expediente de contratación SP21-00280, dictando resolución nº 258/2021 por la cual inadmitió el recurso.

Conforme expuso la actora en su recurso especial ante el TACP y reitera en la demanda la entidad MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO, Y NEGOCIO, S.A. el día el 15 de octubre de 2020 aprueba el PPT y PCAP y convoca concurso en procedimiento abierto destinado a contratar el contrato sujeto a regulación armonizada (SARA) ya descrito en el expediente SP20-00359.

En los pliegos se exigió estar inscrito en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción (REA) de la Comunidad de Madrid. Expone la parte actora que, de las tres empresas que concurren a la licitación solo ella hizo una oferta ajustada a los requerimientos técnicos del pliego a incluir en el sobre C (junto con la oferta económica), ya que era la única inscrita en el REA. El resto no cumplió dichos requerimientos. Ante esta situación, y debido a que su oferta económica era la única admisible y porque por este motivo las otras licitadoras debieron haber resultado excluidas, Madrid Destino optó indebidamente por desistir del proceso de licitación y convocar otro de forma inmediata (solo transcurrieron minutos entre ambos actos), para favorecer a una licitadora más económica. Y para tratar de vestir lo que es un fraude de primer orden, ha buscado una disculpa consistente en que la inscripción en el REA no era exigible.



De su relato consta que, conforme al expediente, en el acto de la Mesa de Contratación del día 10 de diciembre de 2020 ante la apertura de los sobres que contenían las ofertas económicas y la documentación técnica, la representante de ELECTRICIDAD MOVIL S.A. doña Laura Adán, antes de la revisión por parte de los servicios técnicos de la documentación aportada, efectuó diversas manifestaciones y que dadas las mismas el Presidente acordó solicitar a la Unidad Promotora a través del director técnico “los aspectos de los Pliegos del procedimiento en curso que han variado con respecto al anterior” a los efectos de salvaguardar la concurrencia en el procedimiento, al ser el objeto de la contratación el mismo en ambos procedimientos.

Por el Responsable del Departamento Técnico de la Subdirección de Actividades Culturales, Dirección de Producción y Coordinación Técnica se contestó en el sentido que la única diferencia con el procedimiento anterior es que *en el presente la empresa licitadora deberá estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid*. Y aunque se afirmó que todas las licitadoras acreditan dicho requisito, expone la parte actora que (Morillo Energy Rent SAU), (GAM) y (EMSA), acreditan dicha inscripción, si bien GAM figuraba en el REA de Asturias, no de la Comunidad de Madrid (CAM), y MORILLO no figuraba inscrita, sino que había solicitado la inscripción en el REA de esta Comunidad. A pesar de ello esto no fue motivo de exclusión de ninguna de las licitadoras.

Esta no exclusión indebida y siendo el único criterio de valoración de las ofertas el de descuento económico sobre el precio de licitación y no habiendo presentado descuento la actora obtuvo 0 puntos, puesto que licitó al precio fijado en los Pliegos, sin descuento alguno. Estima que ella debió ser la única admitida a la licitación al ser la única que cumplía con el requisito de estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid, y en lugar de adjudicarle el contrato los Coordinadores Técnicos de la Subdirección de Actividades Culturales de Madrid Destino emitieron el informe que llevó a Madrid Destino a desistir del procedimiento de contratación.

El desistimiento en el expediente SP20-00359 y la publicación de los nuevos pliegos del expediente SP21-00280 son, ambos, y para la actora sorprendentemente, de 6 de mayo de 2021, “lo que apunta a un claro mecanismo totalmente engranado por parte de la contratante demandada para conseguir adjudicar el contrato a GAM, aunque no cumpliera los requisitos técnicos exigibles y exigidos por ella misma en la primera licitación y ratificados además en varias ocasiones en informes técnicos debido a la insistencia de la Mesa de Contratación”.

Para la actora el desistimiento es invalido en primer lugar porque al no exigir la inscripción en el REA la Administración se apartaba de sus propios actos sin seguir los tramites de los arts. 106 o en su caso 107 de la LPAC. Estima que el acto es nulo del art. 47 de la LPAC pues se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.



En segundo lugar la inscripción en el REA es preceptiva y para negarlo la mesa afirma que “todos los generadores se instalan en cota “0” solo los de 12 kW y los 6,5 kW pueden ir instalados en carrozas para la Cabalgata de Reyes, pero no consideramos “altura”, y si bien los generadores se instalan en “cota 0” (nivel del suelo), existen varios trabajos que no se realizan en dicha cota y que, por tanto, requieren la inscripción en el REA, así los trabajos de *Iluminación de trabajo de escenarios (montaje y desmontaje), camerinos, pasos, escaleras y ACCESOS PÚBLICO* que figuran en el Pliego.

En tercer lugar, estima que no se ha vulnerado el principio de libre concurrencia ni el de igualdad de trato. Por otra parte, no se ha acreditado conforme exige el art. 152.4 de la LCSP que el defecto por el cual se ha producido el desistimiento no haya podido ser subsanado. En definitiva, estima que la Administración ha actuado de manera fraudulenta. Ya que se ha amparado en el motivo de desistimiento para convocar nuevo expediente de licitación preparado ad hoc para adjudicarlo a la oferta más ventajosa (GAM), eliminando no solo el requisito que “motiva” el desistimiento (y que debía mantenerse), sino todas las demás exigencias que dicha licitadora no cumplía para favorecer su adjudicación. Como era la exigencia de presentación de las fichas técnicas de todos y cada uno de los elementos ofertados.

SEGUNDO.- La entidad mercantil MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO, S.A., se ha opuesto a la demanda y en cuanto a los hechos hace constar que con carácter previo a la licitación que nos ocupa se tramitó el expediente SP 19-002341 de contratación de unos mismos generadores a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales, en el que no se establecía el requisito de estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la construcción de la Comunidad de Madrid. La mercantil demandante Electricidad Móvil, S.A presentó una baja del 20,01 %. También quiere hacer constar que con posterioridad a los que nos ocupan ha tenido lugar otro expediente SP21 004865 licitado respecto a Generadores, también sin el requisito de estar inscrito en el REA, en el cual la hoy recurrente resultó seleccionada tras ofertar una baja temeraria del 37,50%.

Y expone que en el SP20-00359 objeto de autos el requisito técnico de estar inscrito en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid se incluyó en los pliegos por el Responsable del Departamento Técnico de la Dirección de Producción de Madrid Destino, [REDACTED], sin más justificación que la de que [REDACTED] (hijo del Administrador Único de la demandante, don [REDACTED]) trasladó expresamente y por escrito al Responsable del Departamento Técnico, durante el periodo de preparación de los Pliegos que rigen la contratación correo en el cual el hijo del Administrador Único de la recurrente indica al Responsable del Departamento Técnico nada menos que los requisitos de solvencia económica y financiera, técnica o profesional, que consideraba que debían incluirse en los Pliegos del procedimiento de contratación objeto de controversia, siendo uno de ellos la inscripción en el REA en el sector de la construcción de la CAM, lo que no se había exigido



con anterioridad en iguales licitaciones. Se adjunta mail de 23 de julio de 2020 y huella informática.

Y destaca que el origen de la resolución de desistimiento está en las declaraciones de la entonces mercantil licitadora Electricidad Móvil, S.A. en la apertura del Sobre C del Exp. 1/3 SP20-00359, en las declaraciones que en dicho acto efectuó su representante doña Laura Adán que constan en el Acta de 10 de diciembre de 2020, cuando manifiesta “*Que no hace ninguna mejora sobre el precio (que suponía el 100% de la puntuación). Que va a ganar el procedimiento. Que es la única que cumple con los requisitos porque el resto de licitadores los incumple*”. Lo que, materialmente no podía conocer en dicho momento ya que las ofertas no habían sido todavía examinadas por los técnicos.

Para la demandada la obligatoria exigencia de que los licitadores deban estar inscritos en el REA de la Comunidad de Madrid, no era necesaria, ni procedía en ningún caso y, con dicha inclusión, se vulneraban los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de concurrencia, de no discriminación, de adecuación de los precios al mercado y de igualdad de trato entre los licitadores, sin perjuicio de que, además y en el caso concreto, implicaba para la actora, licitar con una posición de privilegio (de hecho no ofertó mejora alguna en el único criterio de valoración) -sugerida expresamente por persona con vínculos personales y profesionales con la actora- respecto del resto de mercantiles licitadoras, vulnerando los principios básicos y fundamentales que deben regir la contratación del Sector Público.

Acredita la demandada con el documento 33 que la entidad recurrente ha resultado adjudicataria en un 71,43% de los procedimientos de contratación convocados por Madrid Destino correspondiente al suministro de generadores e instalación eléctrica. Ello hace poco sostenible la acusación de querer favorecer otras empresas o perjudicar a la demandante. Destaca que la actora en todos los expedientes (salvo en el Exp. 1/3 SP20-00359) siempre ha ofertado un precio competitivo, lo que evidencia que conocedora de su posición de privilegio, según se infiere de sus declaraciones en el acto de apertura del Sobre C, la recurrente no hizo rebaja alguna en el procedimiento, en el que el único criterio de valoración era, precisamente y, además, el porcentaje único de descuento.

Y no se atiene la actora a la verdad ya que el requisito de inscripción en el REA en el sector de la construcción solo lo cumplía ella, así ·MORILLO ENERGY RENT, S.A.U.: presenta inscripción en el REA de la Comunidad Autónoma de Cataluña; GAM ESPAÑA SERVICIOS DE MAQUINARIA, presenta inscripción en el REA de la Comunidad Autónoma de Asturias; y ALQUILER MAQUINARIA SOLUCIONES, no presenta la inscripción en el REA. Ello implicó su inclusión al no subsanar el defecto.

Y se admitió un REA en distinta Comunidad Autónoma ya que ello extrañó a la Mesa de Contratación ya que la legislación aplicable (en concreto en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la



subcontratación en el Sector de la Construcción), señala además que la inscripción se solicitará en el Registro dependiente de la autoridad laboral competente.

Se destaca seguidamente la adecuación de la Mesa en su proceder dada la extrañeza que produjo a la Mesa de contratación que una empresa licitadora – en concreto la demandante - ofertara un 0% de descuento en un procedimiento de contratación cuyo único criterio de valoración es la oferta de descuento (100 puntos) y al hecho de que la representante de la misma afirmara con tanta rotundidad en el Acto de apertura pública del Sobre C, que la entonces mercantil licitadora Electricidad Móvil, S.A. y ahora demandante era la ganadora del procedimiento. Ante ello acuerda “Solicitar al Responsable del Departamento Técnico, que concretara y determinara la relación de documentación técnica que dicha Dirección consideraba que debe ser solicitada a las mercantiles licitadoras, a los efectos de verificar la viabilidad de sus proposiciones. Solicitar al Responsable del Departamento Técnico, los aspectos de los Pliegos del procedimiento en curso que han variado respecto del anterior, a los efectos de verificar la salvaguarda de la concurrencia en el procedimiento actualmente en licitación, dado que el objeto de contratación era el mismo en procedimientos anteriores”. Resultando que la única novedad era que la empresa licitadora debía estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid (REA de la Comunidad de Madrid). Y por dos veces el 6 de abril y el día 9 de abril se solicita informe al responsable del Departamento Técnico sobre este extremo y es en el informe de contestación de fecha 15 de abril cuando, afirma la demandada, que la Mesa de Contratación tiene constancia del correo electrónico de fecha 23 de julio de 2020 a las 12:46 horas, con el asunto: SOLVENCIA TÉCNICA PARA EL PLIEGO DE GENERADORES, y a través del cual el hijo del Administrador Único de la Demandante y trabajador de la misma, señala expresamente al Responsable del Departamento Técnico, que como requisito de solvencia en el Exp. 1/3 SP20-00359, debe incluirse que “La empresa licitadora deberá estar inscrita en el registro de empresas acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid”. Y finalmente la mesa solicita informe sobre la manipulación de los generadores y sobre si se ha de efectuar trabajos en altura y afirma que al contrario de lo que señala la Demandante, ni dichas actuaciones deben ejecutarse con tecnologías propias de la industria de la construcción, ni se corresponden con trabajos en altura, ni ninguno de los generadores debe instalarse en altura, aspectos determinantes para la exigencia de la inscripción en el REA de conformidad con la normativa aplicable. Es el siguiente día 4 de mayo cuando ante estas circunstancias la Mesa propone al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de contratación lo que se comunica a las licitadoras el siguiente día 6 de mayo.

Seguidamente entra en la no necesidad de inscripción en el REA al no realizarse trabajos en altura en la ejecución del contrato de suministro de generadores e instalación eléctrica, entendiéndose como los realizados en alturas superiores a dos (2) metros respecto al nivel del suelo. Aporta los informes de los servicios técnicos de Madrid Destino distintos al Responsable del Departamento Técnico; el Director de Producción y Coordinación Técnica;



la Unidad Técnica de Construcción del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid y un Perito Industrial colegiado.

Y acerca del expediente SP21-00280 eliminada de los pliegos la exigencia de la inscripción en el REA de la Comunidad de Madrid, ha aumentado la concurrencia (5 licitadores) y la ahora demandante realiza una proposición competitiva con una rebaja del 31,01 % frente al 0% del anterior procedimiento (desistido).

Y funda su oposición en que la mesa efectuó la propuesta de desistimiento al órgano de contratación (art.326 de la LCSP) con criterios de objetividad y especialización; la mesa no ha ido en contra de sus propios actos, quien contesta la consulta efectuada el 2 de noviembre de 2020 por otra empresa interesa sobre la inscripción en el REA es la Dirección de Asuntos Jurídicos de Madrid Destino y sobre la respuesta a su vez recibida del responsable Técnico. La Mesa nunca se constituyó para evacuar dicha consulta. No son de aplicación los arts. 106 ni 107 de la LPAC no estamos ante ningún acto nulo.

El desistimiento se ha llevado a cabo conforme al art. 152.4 de la LCSP el haber incluido en los Pliegos como obligatorio y excluyente algo que no puede serlo jurídicamente, vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, quedando limitada la concurrencia en todo caso y no pudiéndose alcanzar un precio acorde a mercado. Ello es insubsanable.

Y seguidamente recoge la normativa relativa a la inscripción en el REA, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, y la normativa de la cual se obtiene el concepto de “obra de construcción” y los documentos examinados por la Mesa a tal efecto Informe del grupo de trabajo: montaje de espectáculos públicos. acuerdo de las comunidades autónomas y el instituto nacional de seguridad y salud en el trabajo sobre criterios técnicos para la gestión de espectáculos públicos temporales, y que se acompaña como Doc. nº 48 al presente escrito. En relación con el objeto del contrato (suministro de generadores e instalación eléctrica), el Informe no lo considera obra de construcción y así lo establece expresamente en su página 4; la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción publicada por el Instituto de Seguridad y Salud en el Trabajo; el informe de fecha 22 de abril de 2021 único de los emitidos por la Unidad promotora que no está suscrito por el Responsable del Departamento Técnico, sino por dos técnicos de la misma Unidad promotora, y la consulta escrita a la Unidad Técnica de Construcción del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid realizada con fecha 7 de febrero de 2022, por parte de la Responsable del Departamento de Prevención de Riesgos Laborales de Madrid Destino, [REDACTED] y aporta finalmente informe pericial emitido por perito industrial colegiado al escrito de contestación.



No solo no es precisa la inscripción, sino que tampoco cabía acotarlo al Registro de la CAM toda vez que el ya referido Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción solo habla en el art. 3 de autoridad laboral competente.

En orden a la adecuación a derecho de la convocatoria del expediente SP 21-00280 tras el acuerdo de desistimiento que siguió al procedimiento desistido la estima ajustada y procedente conforme al art. 152.4 de la LCSP, de hecho, la recurrente presentó sin objeciones ni consultas su oferta en el Exp. 2/3 SP21-00208. Igualmente, ajustada a Derecho la inadmisión por parte del TACP del recurso contra sus pliegos, resolución que igualmente se adecúa al art. 50 de la LCSP. Y en cuanto a la introducción de mejoras en el sobre C nada dice el artículo 152.4 de la LCSP relativo al desistimiento, ni ningún artículo de la LCSP, que las entidades del Sector Público no puedan actualizar ni mejorar sus pliegos de contratación, máxime cuando como ocurre en el presente caso, el procedimiento nació viciado de nulidad.

TERCERO.- El AYUNTAMIENTO DE MADRID opone como alegación previa su falta de legitimación pasiva, toda vez que la resolución impugnada procede de la sociedad municipal Madrid destino, debiendo la recurrente dirigir su recurso únicamente frente a la citada entidad. Subsidiariamente y en cuanto al fondo del asunto se opone al recurso al concurrir el supuesto contemplado en el art. 152.4 de la LCSP ya que de todos los informes obrantes al expediente resultó acreditado ante la Mesa que el suministro, montaje y desmontaje de los generadores objeto de contratación, no se trata en ningún caso de un montaje y desmontaje de elementos prefabricados, en el sentido de trabajos de construcción o ingeniería civil señalados en el RD, máxime cuando todos los generadores se instalan en cota " O" y sin que en ningún caso se ejecuten trabajos en altura para su instalación, por lo que no se precisa de ningún sistema de andamiaje. Ni se está ante un acto de construcción no siendo necesaria la inscripción en el REA de las licitadoras.

La inadmisión del recurso contra los pliegos en el expediente SP21-0280 es igualmente ajustada a Derecho a tenor del art. 50 de la LCSP ya que la oferta de la actora fue presentada el día 13 de mayo de 2021 a las 13 horas y 8 minutos mientras que el recurso fue presentado en el Tribunal el día 27 de mayo, habiéndose ya producido la apertura de ofertas y estando tramitando la adjudicación del contrato.

CUARTO.- Procede en primer lugar examinar la excepción opuesta por el AYUNTAMIENTO DE MADRID en orden a su falta de legitimación pasiva para ser llamada a este proceso, y no cabe duda al respecto de la misma, ya que MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO S.A. es una sociedad anónima mercantil municipal, cuyo capital social es de la titularidad del Ayuntamiento, y que como poder adjudicador perteneciente al Sector Público al amparo del Título I del Libro III de la vigente Ley de Contratos del Sector Público efectuó la licitación de los expedientes que nos ocupan.



Tramitada la impugnación ante el TACP contra la resolución dictada se ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo, en el cual la legitimación pasiva se recoge en el artículo 21.3 de la LJCA, “*en los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personan en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49*”. Por tanto, conforme a ello la condición de parte demandada en este proceso solo corresponde a la entidad MADRID DESTINO, CULTURA. TURISMO Y NEGOCIO S.A. por lo que no cabe efectuar ningún pronunciamiento en relación con el Ayuntamiento de Madrid.

QUINTO. - La parte actora reproduce en este proceso sus alegatos ante el TACP, sin exponer los motivos de impugnación relativos a las resoluciones impugnadas; pues no se puede obviar que el objeto de este procedimiento son las dos resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, y lo que se ha de determinar si las mismas, son o no ajustadas a Derecho.

La resolución dictada con fecha 10 de junio de 2021 por la cual el Tribunal administrativo de Contratación Pública desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente frente al acuerdo adoptado el 6 de mayo de 2021 de desistimiento del procedimiento de licitación por el Presidente de la Mesa de Contratación (expediente SP20-00359) es desestimatoria al estimar el Tribunal que el desistimiento del proceso de licitación se ajustó a las exigencias del art. 152 de la LCSP, y que la ejecución del contrato no precisaba de actos de construcción, por lo que no era precisa la habilitación requerida a las empresa en orden a la inscripción en el REA.

Conforme al art. 152 de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017 de 8 de noviembre) 2. *La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización.* (...)

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación. (...)

Como expondremos a continuación la resolución dictada por el TACP es ajustada a derecho, y como en la misma se expone, la parte recurrente no invoca vicios de procedimiento y ni siquiera falta de justificación en la motivación de la resolución impugnada, para la actora la Mesa de Contratación cuando advierte que ella ha de ser la adjudicataria del contrato por ser la única que reunía los requisitos de solvencia técnicos, cambia de criterio a fin de poder adjudicar el contrato a otra empresa y para ello se desiste del contrato en base a que no era necesaria la exigencia de que las empresas licitadoras estuvieran inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid.

La Mesa de Contratación efectúa propuesta de desistimiento que obra al expediente administrativo remitido en relación con este concreto expediente de licitación, la propuesta obra a los folios 1407-1411 y se encuentra extensamente motivada tanto en cuanto a los hechos acontecidos como en las razones de Derecho. Y todas las vicisitudes han quedado palmariamente acreditadas con la extensa documental aportada por MADRID DESTINO así podemos destacar como en un expediente de licitación inmediatamente anterior al que nos ocupa y cuyo objeto era idéntico, expediente SP19-00234 *“Suministro en régimen de arrendamiento, transporte, montaje, mantenimiento, desmontaje, incluyendo combustible, personal de montaje y guardia, de generadores insonorizados con instalaciones eléctricas”* no se exigía como criterio de solvencia técnica la inscripción en el REA (documento n. 10). Vemos como a los documentos 0 y 0-1 obra el correo electrónico de fecha 23 de julio de 2020 enviado por [REDACTED] (hijo del representante legal de la actora) a [REDACTED] (Director Técnico de Actividades Culturales de MADRID), asunto “solvencia técnica para el Pliego” donde este particular le redacta los criterios de solvencia técnica y consta entre otras condiciones “la empresa licitadora deberá estar inscrita en el registro de empresas acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid”.

Consta en las actas de la Mesa de Contratación, así como en la solicitud de información que la Mesa recaba a los servicios técnicos el día 21 de abril de 2021 dos circunstancias muy concretas, cómo la actora siendo el único criterio de valoración la rebaja o mejora sobre el precio, no efectúa porcentaje de descuento alguno (0,0%), y como en el acto de abrir los sobres con la propuesta C el día 10 de diciembre de 2020, la representante de la actora y antes de que se pudiera examinar sus contenidos ya manifiesta que va a resultar adjudicataria pues es la única que reúne todos los requisitos exigidos y que las demás empresas deberían ser excluidas. Esta actitud, antes del examen de las ofertas por los servicios técnicos, hace que Mesa requiera de la unidad técnica promotora de la contratación información sobre qué aspectos concretos de los pliegos que rigen este contrato son diferentes de una anterior licitación que tenía el mismo objeto. Siendo informado, como consta en el expediente que el único criterio nuevo introducido en el Anexo I del PCAP apartado 13 era la exigencia de que las empresas licitadoras figuraran en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción de la Comunidad de Madrid.

Seguidamente la Mesa interesa de la unidad promotora las razones por las cuales se habían incluido dicha exigencia en estos pliegos, constatando la Mesa que no hubo tal consulta



formal con empresas y que se incluyó el requisito en el PCAP ante mera propuesta de un ingeniero técnico industrial; será posteriormente ya dentro del procedimiento de licitación cuando la Unidad promotora afirme que desde el departamento de Viabilidad Técnica de MADRID DESTINO se les indica que el montaje en los que se instalan sistemas de andamiaje deben estar considerados obras y por tanto las empresas deben estar inscritas en el REA.

Ante las dudas nuevamente la Mesa requiere a la Unidad promotora ya que de los términos de los pliegos no parecía deducirse que el montaje de los generadores eléctricos deban instalarse en un sistema de andamiaje, y que el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción exige la inscripción en el REA para las obras de construcción entre las cuales se define “*el montaje y desmontaje de elementos prefabricados*”, en este caso se emite informe por la Unidad promotora recogiendo el punto tercero del Pliego de Prescripciones Técnicas donde se describe el montaje, celebración de la actividad, desmontaje y retirada del material y se concluye que los generadores se instalan a cota “cero”.

Con todo ello concluirá la mesa en que no existe normativa ni instrucción expresa que establezca la obligación para las empresas concurrentes al procedimiento de estar inscritas en el REA. Por otra parte le resulta incongruente que del RD 1627/1997 que impone muy concretas y costosas medidas de seguridad a las empresas, solo se venga a exigir la inscripción en el REA y no el resto de las medidas. Seguidamente otra cuestión que será analizada por la Mesa es el localismo, al exigirse que dicha inscripción lo sea en el Registro de la Comunidad de Madrid, cuando la norma solo exige inscripción en el Registro.

Toda esta motivación, que resulta avalada en el expediente y que resulta contrastada con la documentación aportada por MADRID DESTINO se reflejará en la resolución de la Presidencia de la Mesa desistiendo del procedimiento, resolución motivada, justificada en la existencia de un defecto que ya no era posible subsanar y que determinaba claramente la infracción del principio de libre concurrencia, limitando la misma, como de hecho resultó en el caso de autos, donde una de las empresas licitadora fue directamente excluida al no poder acreditar la inscripción, y otras dos fueron admitidas pese a estar inscritas en el registro de Comunidades Autónomas distintas de la de Madrid, al estimar la Mesa que el criterio restrictivo del localismo exigido no era conforme a la normativa. No ha acreditado la actora que la Mesa fuera en contra de sus propios actos, por el contrario ha acreditado MADRID DESTINO con sus documentos números 17, 19 y 21 que quien evacuaría, en sentido afirmativo, una consulta de una empresa interesada relativa a la necesidad de inscripción en el REA no fue directamente la mesa sino que la consulta fue evacuada por Jaime González de Santiago de la Dirección de Asuntos Jurídicos, quien para ello previamente se dirigió a James Bartek, Director Técnico de Actividades Culturales, quien contesta en sentido afirmativo.



SEXTO.- Afirma la actora que sí es precisa la reiterada inscripción en el REA ya que si se ejecutan “obras de construcción” , ambas partes esgrimen criterios diferentes y se ha practicado una prueba pericial judicial, que tras la debida insaculación ha sido elaborada por un perito arquitecto (pese a que se interesó un ingeniero industrial), el perito don Jorge del Val Peña informará sobre los expedientes de contratación SP20-00359 y SP21-00280 de la entidad MADRID DESTINO CULTURA TURISMO Y NEGOCIO, S.A. y en concreto si era necesario contar con habilitación empresarial mediante inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción (en adelante R.E.A.) al exigirse la realización de trabajos en cota diferente a “0”. El perito parte del objeto del contrato y se centrará en una de sus partes concretamente no en los generadores insonorizados, que se instalan a cota 0, sino en la parte del contrato relativa a sus instalaciones eléctricas ya que conforme al PPT se habría de suministrar los equipos de iluminación de guardia y seguridad, para las zonas de paso, camerinos y escaleras, etc. E iluminación de trabajo de escenarios (montaje y desmontaje) camerinos, pasos, escaleras y accesos públicos.

Y tras incluir en su informe una serie de fotografías que le son proporcionadas por la parte recurrente y que muestran junto a escenarios andamios tubulares que aunque en principio, afirma, solo sirven como medios auxiliares, resulta para el perito que finalmente se utilizan para sujetar otras instalaciones, y así se convierten en elementos estructurales de donde concluye *“Por lo tanto, son indivisibles de las instalaciones que sustentan, es decir, que un sistema de andamiaje tubular multidireccional o escenario tipo “Layher” que tiene un carácter temporal y de servicio a la construcción, se transforma de lleno en un elemento propio de la construcción e inseparable de las instalaciones a las que sirve como estructura, clasificándolo como una parte más de la construcción”*. Las construcciones no por ser temporales o efímeras pueden dejar de cumplir la normativa.

Y la iluminación de guardia y seguridad, así como la iluminación de trabajo de escenarios se realiza mediante focos que se sujetan precisamente sobre dichos andamios tubulares, y que por tanto por encima de la cota “0”, afirmando que se llegan a superar los 8 metros.

Concluye el perito que tanto en un expediente de contratación como en el otro, examinados los elementos de iluminación requeridos (suministro, montaje y desmontaje) según lo dispuesto en el RD 1109/2007 es obligatorio por ser parte de una obra de construcción de carácter temporal e instalar focos por encima de cota “0” que las empresas cuenten con la suficiente acreditación empresarial y acrediten la inscripción en el REA.

Sin embargo, dicho informe pericial no puede en modo alguno constituir prueba plena ya que ante las aclaraciones solicitadas se reconoció por el perito que solo se puso en contacto con la parte actora para solicitarle aclaraciones, y tras ello afirma que como la documentación del expediente era clara y abundante no tuvo necesidad de pedir aclaraciones a MADRID DESTINO. Si ello es así tampoco se comprende que solicitara aclaraciones a la parte demandante. Reconoce que las fotografías que inserta son a título ilustrativo, ya que no



existe un único modo de ejecutar una instalación, y que le han sido aportadas por la parte actora y que son de “Los veranos de la villa 2021”.

Insiste en que la iluminación de trabajo de escenario es cenital y que debe estar instalada en torres o gradas, necesariamente sobre un soporte; igualmente afirma que la iluminación de camerinos, aseos, escaleras y acceso público necesariamente va en cota superior a “0”; y preguntado si estos trabajos pueden efectuarse desde la propia grada afirma que debe estar antes de la propia estructura por lo que deberán tener algún tipo de soporte. Y preguntado si en todo caso estos trabajos no superan los dos metros de altura (lo que queda comprendido en cota 0) por lo que no precisan de arnés ni línea de vida, el perito describe las exigencias para utilizar las escaleras de mano conforme al RD 2177/2004.

Frente al criterio expuesto y habiendo resultado acreditado que MADRID DESTINO ante la celebración de espectáculos culturales y para la instalación de escenarios efectúa al menos tres contrataciones, por un lado el contrato que no ocupa relativo a l suministro de generadores y la instalación eléctrica provisional, separadamente un contrato relativo a la iluminación y otro diferente para la sonoridad (han sido adjuntados en la prueba documental de la parte demandada) , tenemos el criterio emitido por el Director de producción y coordinación técnica de MADRID DESTINO donde describe las acciones a ejecutar en virtud del contrato y que son descargar el generador y extender el cableado desde el propio generador, protegiéndolo para evitar tropiezos o caídas y hasta donde se vaya a ubicar el cuadro eléctrico correspondiente a la instalación eléctrica provisional. Momento a partir del cual el resto de empresas que necesitan electricidad (equipos de iluminación, de sonido, maquinaria de restauración, etc.), instalan sus propios equipos, utilizan sus propios cables y su propio personal los enchufa al cuadro eléctrico instalado por la Adjudicataria. También obra aportado los criterios técnicos para la gestión de espectáculos públicos temporales fruto del acuerdo de las Comunidades Autónomas y del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo a efectos de aplicación del Real Decreto 1627/1997 indicando que para la consideración de obras de construcción se atenderá al Real Decreto 171/2004 y especificándose seguidamente a que trabajos se aplicará el Real Decreto 1627/1997; también ha sido adjuntado la Guía Técnica de evaluación y prevención de riesgos laborales relativos a las obras de construcción (RD 1627/1997) y finalmente informe técnico pericial emitido por don [REDACTED] Ingeniero Industrial del ICAI a petición de MADRID DESTINO partiendo para la elaboración del informe del Pliego de Prescripciones Técnicas del Contrato y así expone:

“Dentro de las actividades que pueden considerarse obras de construcción, está incluido el montaje de prefabricados, considerándose éstos los escenarios, plazas de toros, etc., siempre que dichos montajes/desmontajes se ejecuten con tecnologías propias de la industria de la construcción (Anexo I del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción).



Es necesario reseñar que no en todos los eventos en los que se solicita la presencia de grupos electrógenos se requiere el montaje de elementos prefabricados con tecnología propia de la construcción.

Asimismo, indicar que, aunque el montaje del evento incluya el montaje el suministro e instalación de grupo electrógeno, estos trabajos, si bien participan en el montaje del evento/actividad, lo hacen fuera de la fase considerada construcción (montaje-desmontaje de la estructura del escenario). En esta misma situación se encuentran las empresas de seguridad, hostelería, etc.”

Según el contrato el adjudicatario del expediente deberá disponer el grupo electrógeno y, utilizando cableado aportado por él, instalar los cuadros eléctricos portátiles cerca del escenario. Las empresas de la iluminación, sonido, etc., serán las que realicen durante la fase de montaje las diferentes instalaciones y conexiones de equipación técnica, no teniendo que intervenir el adjudicatario del expediente objeto de este estudio en ninguna tarea de montaje de estos elementos. Incluso en el caso del “Suministro de una instalación eléctrica conectada a una red fija” el pliego especifica que la adjudicataria deberá hacer un “Suministro en régimen de alquiler de los siguiente materiales” por lo que el personal de la adjudicataria no deberá realizar la conexión de los equipos a la red fija, sino solamente disponer la materia que se relaciona en el Pliego. En resumen, se puede concluir que el alcance del suministro descrito en el pliego, consiste en los grupos electrógenos, el cableado y los cuadros eléctricos, no tiene relación directa con el montaje del elemento prefabricado, ni con la instalación de la equipación técnica del mismo, ya que ésta la hacen las empresas de iluminación, sonido, etc. no solicitándose que se realicen tareas de montaje ni de conexión más allá de los cuadros eléctricos. Por todo ello concluye que los trabajos a realizar por la adjudicataria no tienen alcance en el proceso constructivo del escenario.

Finalmente, solo resta decir que ante estas pruebas aportadas por ambas partes no resulta acreditado que la adjudicataria de este tipo de contrato debe efectuar el montaje y desmontaje de elementos prefabricados, como afirma el perito insaculado, no participando la adjudicataria ni en la infraestructura de escenario, ni de gradas ni torres de control, por lo que no precisa utilizar tecnologías propias de la construcción. Y en los trabajos de iluminación requeridos que son los provisionales como se indica por el propio perito judicial no se requiere ni línea de vida ni arnés (lo que conlleva reconocimiento de inexistencia de trabajo en altura) y para focos de iluminación en altura no es la utilización de andamios tubulares la única solución, y dicho trabajo es más propio del contrato de iluminación que de manera coetánea se licita junto con el de insonorización.

Por todo ello se ha de estimar que la resolución 255/2021 dictada con fecha 10 de junio de 2021 por el TACP es ajustada a Derecho al haber concluido que de los informes técnicos aportados no es necesaria la habilitación profesional requerida sobre la inscripción en el registro de empresas autorizadas para la construcción de la Comunidad de Madrid, y al haberse respetado las prescripciones del 152 de la LCSP.



SEPTIMO.-Se impugna la resolución número 258/2021 dictada el mismo día 10 de junio de 2021 por el TAC en el recurso especial interpuesto por la recurrente contra los pliegos del expediente de contratación SP21-00280 de 6 de mayo de 2021 relativo al contrato “suministro en régimen de arrendamiento, del transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje, incluyendo el combustible, así como el personal de montaje y guardia, de los generadores insonorizados con sus instalaciones eléctricas, certificados de correcto montaje e instalación, a instalar con motivo de la celebración de las actividades culturales que se celebraran en la campaña veranos de la villa” .

El recurso fue inadmitido ya que los Pliegos de condiciones que regirían la contratación fueron publicados el día 10 de mayo de 2021; la parte recurrente presentó su oferta el siguiente día 13 de mayo y finalmente interpuso el recurso especial en materia de contratación contra los pliegos con fecha 27 de mayo siguiente. El art. 50.1 de la LCSP establece: “*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.*”

Y siendo sus alegaciones las mismas vertidas para el expediente anterior y por tanto la supuesta actuación fraudulenta de la Mesa para no otorgarle la adjudicación y la modificación de los Pliegos, no solo en orden a la no exigencia de inscripción en el REA sino en determinadas condiciones de las fichas técnica, no nos encontramos ante ninguna causa de nulidad de las establecidas en el art. 39 de la LCSP como se ha puesto de manifiesto en la fundamentación anterior.

Por lo que igualmente esta resolución ha de estimarse ajustada a Derecho.

OCTAVO. - Conforme al art. 139 de la LJC-A tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre en primera o en única instancia el órgano jurisdiccional al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos e incidentes, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Conforme al apartado cuarto de este mismo precepto se limita la cuantía a 10.000 euros (más IVA), correspondiendo la cantidad de 5.000 euros al Ayuntamiento de Madrid, y 10.000 euros para MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO.

Y en virtud de la autoridad que nos confieren la Constitución y las Leyes, en nombre de S.M
EL REY

FALLAMOS



Que procede estimar la falta de legitimación pasiva opuesta por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, y desestimar el recurso contencioso-administrativo instado por el procurador de los Tribunales don Arturo Romero Ballester en nombre y representación de la entidad mercantil ELECTRICIDAD MOVIL S.A., declarando ajustadas a Derecho las resoluciones nº 255 y 258 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) que desestiman el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de fecha 6 de mayo de 2021 del Presidente de la Mesa de Contratación de MADRID DESTINO, CULTURA, TURISMO Y NEGOCIO, S.A., por la comunica desistimiento en el procedimiento de contratación expediente nº SP20-0035 ; y contra los pliegos del expediente de contratación nº SP21-00280, de 6 de mayo de 2021; las costas de este procedimiento se imponen a la parte recurrente en virtud del criterio del vencimiento, limitadas a la cantidad de 15.000 euros más IVA.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente [REDACTED] (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general [REDACTED] y se consignará el número de cuenta-expediente [REDACTED] en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado electrónicamente por BELEN MAQUEDA PEREZ DE ACEVEDO (PON), GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL (PSE), RAFAEL ESTEVEZ PENDAS