



Roj: **STSJ M 2866/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:2866**

Id Cendoj: **28079330032017100207**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/03/2017**

Nº de Recurso: **987/2015**

Nº de Resolución: **109/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0026248

Recurso número 987/2015

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: El Mobiliario Urbano SLU (EMU)

Procurador: Don Amancio Amaro Vicente

Demandado: Ayuntamiento de Madrid

Demandado: Clear Channel S.L.U.

Procuradora: Doña Ascensión de Gracia López Orcera

SENTENCIA n° 109

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendas

En la ciudad de Madrid, a 20 de marzo del año 2017, visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador Don Amancio Amaro Vicente, actuando en representación de El Mobiliario Urbano SLU (EMU), contra la Resolución nº 178/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de noviembre de 2015 que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid por el que se declaró 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".

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por el recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- Los demandados contestaron a la demanda exponiendo lo que estimaron oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de marzo del año 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se recurre la Resolución nº 178/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo TACP) ,de fecha 4 de noviembre de 2015, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por 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 declaró 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".

El Acuerdo recurrido , tras relatar los antecedentes del caso y transcribir las cláusulas 23 del Anexo I del PCAP y 4 del PPT, expresa que el Decreto del Ayuntamiento de Madrid excluyó ,por lo que a este recurso afecta, la oferta de la recurrente por presentar dos modelos de MUPIS de Información de Servicio Público por cada "familia" pese a no contemplarse en el PPT la posibilidad de ofrecer variables de diseño , de conformidad con el apartado 14 del Anexo I del PCAP , incumpliendo la presentación de los dos modelos las condiciones del Pliego que rige la licitación , siendo causa de exclusión de la oferta, así como por no cumplir en los Mupis pilas la boca de depósito 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, siendo así que el error en el diseño de un mueble es motivo de exclusión del proceso de licitación , de conformidad con lo dispuesto en el apartado 23 del Anexo I del PCAP.

Exclusión que la Resolución del TACP considera conforme a derecho por incumplir la oferta técnica de la recurrente, en tales extremos, las condiciones establecidas en los Pliegos.

SEGUNDO. - La recurrente solicita la anulación de la Resolución del TACP de fecha 4 de noviembre de 2015 en lo relativo a la exclusión de su oferta y ,en consecuencia, la del Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid al verse afectado por la pretensión de anulación de la Resolución del TACP , la declaración de que su exclusión del procedimiento de licitación no fue conforme a derecho y que se anule cualquier actuación del procedimiento de licitación posterior a su exclusión, incluida la adjudicación y formalización del contrato, alegando ,en síntesis, en relación al primer motivo de exclusión, que de las dos opciones que , en efecto, presentó para el modelo de elemento denominado Mupi de Información de Servicio Público, la segunda opción fue propuesta " a título de mejora" , proponiéndose en su oferta, a elección del Ayuntamiento, una opción base y otra opción propuesta a título de mejora consistente en un 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 coste adicional para el Ayuntamiento, pudiendo éste optar ó no por esta mejora ó incluso no admitirla pero sin que su presentación sea motivo suficiente para justificar el rechazo de la totalidad de la oferta, insistiendo en que se trataba de una mejora y no de una variante; en relación al segundo motivo de exclusión, admite la existencia de un error de saliente de 5 cm en el diseño de acabado de los Mupis Pilas , si bien considera que no debió de ser motivo de exclusión de su oferta al resultar posible según la cláusula 4 del PPT , en fase de ejecución del contrato, realizar modificaciones de diseño ó acabado , siendo el diseño una prestación del contrato que el propio Pliego posterga a la fase de ejecución del contrato; alegando finalmente que el TACP ha vulnerado el principio de concurrencia y de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, al haber alcanzado soluciones distintas en la presente Resolución, en que le niega la posibilidad de subsanar su oferta, y en la Resolución 168/2015 en que admitió la posibilidad de que Clear Channel subsanara su oferta en la misma licitación.

El Ayuntamiento de Madrid ,en el escrito de contestación a la demanda, solicita la inadmisión del recurso por ser una de las resoluciones objeto de recurso una resolución municipal para cuyo conocimiento son competentes los juzgados de lo contencioso administrativo al amparo de lo dispuesto en los arts. 8 y 46.1 de la LJCA , motivo de oposición que no puede prosperar toda vez que la Resolución recurrida en esta Litis es la Resolución nº 178/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de noviembre de 2015 y no el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible de Ayuntamiento de Madrid por el que se declaró desierto el proceso de licitación del contrato ,



siendo, según el art. 10.1 k) LJCA, las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia competentes para conocer de los recursos interpuestos contra " *Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales*", sin perjuicio de que, lógicamente, la estimación del recurso contra la primera Resolución implique la anulación de la segunda.

TERCERO. - El recurso de EL MOBILIARIO URBANO S.L.U no puede prosperar por las razones que a continuación se expresan.

Como es sabido, los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos tienen carácter vinculante y constituyen la *contractus lex*, en este sentido el artículo 145 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) dispone: "1. *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*", habiéndose pronunciado reiteradamente la jurisprudencia y así, cabe citar, entre otras la STS de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (Rec. 632/1993) donde se sostiene que: "el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él", que debe estarse a las condiciones fijadas en el pliego, pues como razona la STS de 12 de abril de 2000 (Rec. 1984/1992): "Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles sean las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego".

En relación al primer motivo de exclusión, en este caso la cláusula 14 del Anexo I del PCAP no admitía la presentación de variantes. 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 art.145.3 del TRCSP 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.

El art. 145.3 del TRCSP dispone "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".

.Disponiendo el art. 147 del TRLSP lo siguiente: "1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación".

Las alternativas o variantes suponen la realización de una prestación cualitativamente equivalente a la que es objeto de licitación. Las variantes pueden ser tanto de carácter económico como técnico. En estos casos, como excepción al principio general de admisión de una sola proposición, los licitadores pueden presentar variantes o alternativas partiendo de los criterios de valoración de las ofertas.

Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 19/2004, de 12 de noviembre, denominado "diferencia entre proposiciones simultáneas y variantes", analizando los artículos 80 y 87 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalentes a los artículos 145 y 147 del vigente TRLCSP "que las propuestas que incluyen variantes o alternativas deben considerarse propuestas simultáneas, como resulta claramente de la prohibición y excepción del artículo 80 que después de prohibir la presentación de más de una proposición exceptúa lo dispuesto en el artículo 87, en el que literalmente, se admite más de una proposición". Por ello concluye que la admisibilidad de variantes constituye una excepción a la prohibición de presentación de proposiciones simultáneas y tal admisibilidad y toma en consideración de las mismas se condiciona a la previsión en los pliegos y a su ajuste a los requisitos mínimos exigidos en los mismos, dado que en caso contrario se produciría el efecto de proposiciones simultáneas. Por tanto, precisa que el régimen jurídico de las proposiciones simultáneas y el de las variantes cuando no

resulten admisibles o no se ajusten a los requisitos exigidos será el del artículo 80 (inadmisión de todas las presentadas) y cuando su admisión y requisitos figuran en el pliego se ajustarán al mismo.

En cuanto a la distinción entre mejoras y variantes, viene considerándose como "variantes" las propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a las prestaciones objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos y "mejoras" las 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".

CUARTO.- Según la cláusula 1 del PPT, el objeto del contrato consiste en el diseño, fabricación, suministro, instalación, explotación, conservación, mantenimiento, traslado y almacenamiento sostenible del mobiliario urbano susceptible de explotación publicitaria situado en el municipio de Madrid que se disponen en el presente pliego. Dichos elementos serán destinados a la recogida de pilas usadas y vidrio, soportes de información cultural, municipal y de servicios, así como la disposición de sanitarios de servicio público a situar en la vía pública dentro del término municipal de Madrid. '

A tal fin, se disponen en el pliego las características técnicas y constructivas de los elementos de mobiliario con la finalidad de que la prestación de los servicios públicos incluidos en este contrato sea lo más satisfactoria y de mayor calidad para los usuarios, con un alto nivel tecnológico acorde con la modernización, exigencia de precisión y actualización de las información que cada vez más se demanda por los ciudadanos.

Otro aspecto que se tiene en cuenta es la integración del mobiliario en el entorno de la ciudad mediante la definición de las características básicas de diseño que, dentro de la libertad de presentación de diferentes familias de mobiliario, contribuyan a la mejora del paisaje urbano de la ciudad.

El acceso universal a estos servicios es también parte importante del contrato estableciéndose las características de accesibilidad y determinándose las obligaciones que el adjudicatario deberá cumplir en su prestación según la normativa de aplicación en cada uno de los casos.

Por último, el cuidado del medioambiente se garantiza mediante el mantenimiento del servicio de recogida de pilas usadas y baterías de móviles. Es interés primordial del Ayuntamiento de Madrid, que este contrato destaque por la protección medioambiental y del paisaje urbano de la ciudad y evite, en lo posible, ocasionar molestias al ciudadano, dado que los trabajos y actuaciones se realizarán en la vía pública, parques y jardines.

El PPT prevé tres "familias" de elementos de mobiliario urbano y, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 1.1 del PPT, cada familia incluye siete elementos de mobiliario urbano distintos por lo que cada licitador debía de presentar tres diseños (uno por familia) de cada uno de los siete mupis previstos en los Pliegos ; según dicha cláusula el mobiliario ofertado mantendría 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. La familia de mobiliario urbano estaba compuesta por los siguientes elementos:

Mupi de información general

Mupi de información de servicio público

Mupi digital

Mupi contenedor de pilas

Columna

Contenedor de vidrio

Aseo accesible

La cláusula 4 se refería a las "Condiciones Comunes de diseño y construcción del mobiliario urbano" definiendo las características de diseño y construcción de los elementos del mobiliario urbano objeto del presente contrato, con el objetivo de fijar los criterios que, dentro de la libertad creativa y de diseño, deberán cumplir las ofertas de los licitadores para su integración en el paisaje urbano y respeto medioambiental de la ciudad.

Estas características quedarían sintetizadas por el licitador para cada elemento en el modelo de Ficha de Características del Mobiliario Urbano (ANEXO VII).

La cláusula 4.4.1 se refería a las especificaciones relativas a los Mupis de Información de Servicio Público expresando que los mismos deberán ir identificados convenientemente, en plano mediante franja superior definitoria del servicio, según diseño a concretar con el Ayuntamiento.

Estos elementos podrán ofrecer la siguiente información:



a) Soportes destinados a información del sistema de transporte público colectivo : los 390 soportes destinados a información del sistema de transporte público colectivo deberán cumplir con las siguientes condiciones:

El adjudicatario deberá proceder a la edición, impresión, almacenamiento, instalación y reposición de los planos de la Red de Transportes con base a los datos ofrecidos por la Administración, lo que realizará sin coste para la misma. Se realizará una primera edición en el plazo máximo de dos meses (2) desde la formalización del contrato que se irá paulatinamente instalando en cada uno de los nuevos elementos. Esta información contará con una banda superior de identificación del servicio, según los diseños y normativa gráfica que se acuerden con los servicios competentes.

b) Soportes destinados a información del callejero de la ciudad:

Los 244 soportes destinados a información del callejero de la ciudad, denominados Planos Ciudad contendrán planos con la información cartográfica, y estarán distribuidos en las siguientes zonas:

zona centro (CE)

zona noreste (NE)

zona noroeste (NO)

zona sureste (SE)

zona suroeste(SO)

El adjudicatario deberá proceder a la edición, impresión, almacenamiento, instalación y reposición de los planos con base a los datos ofrecidos por la Administración, lo que realizará sin coste para la misma. Se realizará una primera edición en el plazo máximo de dos meses (2) desde la formalización del contrato que se irá paulatinamente instalando en cada uno de los nuevos elementos. Esta información contará con una banda superior de identificación del servicio, según los diseños y normativa gráfica que se acuerden con los servicios competentes.

Según resulta del folio 618 del expediente administrativo , durante la fase habilitada para la formulación de preguntas, la recurrente planteó aclaración en relación con la identificación del Mupi de Información de Servicio Público sobre si la franja superior definitoria del servicio formaba parte de los 2 m2 destinados a información institucional según figura en la cláusula 7.1 del PPT, estaría dentro de la estructura del Mupi ó se trataba de un elemento accesorio adicional instalado sobre la estructura del Mupi ,a lo que el órgano de contratación respondió: "**Este mobiliario no contará con ningún elemento accesorio adicional identificativo** , solamente llevará una franja superior en la cara del plano que será impresa y que forma parte de los 2 m2 de superficie municipal" .

Pues bien , la recurrente presentó en su oferta dos modelos de Mupi de Información de Servicio Público, cada uno con un diseño (siendo así que el PPT exigía la presentación de uno solo) que concretó en la denominada "Opción base" y "Opción a título de mejora" expresando lo siguiente: "*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 del máximo de 3 metros exigido por la cláusula 4.4 del PPT pudiendo el Ayuntamiento de Madrid optar sin coste adicional 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*" .

De ellos, la opción base se ajustaba a las exigencias del Pliego contando el soporte informativo con una banda superior de identificación del servicio, sin ningún elemento accesorio adicional identificativo , mientras que la denominada "opción a título de mejora" ofrecía incluir un espacio superior adicional con el logotipo de la señal de "metro" que ,según la recurrente, permitía la mejor identificación desde lejos de la localización de las entradas al servicio de transporte colectivo de metro ya que los pliegos preveían que 390 de los 1450 Mupis de esta tipología fueran ubicados en las entradas al servicio de transporte colectivo de Metro .

Tal denominada "opción a título de mejora" entendemos no es realmente una mejora sino una variante , realmente no se trata de una mejora sobre las especificaciones establecidas en el PPT en relación a los Mupis de Información de Servicio Público (Mupis informativos destinados a ser soporte de planos de la red de transporte ó del callejero de la ciudad con una banda superior de identificación del servicio) sino de una alternativa a ellas con una función particular y específica , distinta de la función de la denominada "opción base" y de la función atribuida por el Pliego a los Soportes destinados a información del sistema de transporte público colectivo, consistente en identificar las entradas de Metro, funcionalidad de los Mupi de información de Servicio Público no prevista en el PPT ni en el PCAP, que como hemos expuesto únicamente contempla los



Mupis informativos destinados a ser soporte de planos de la red de transporte ó del callejero de la ciudad con una banda superior de identificación del servicio.

La presentación de dos modelos distintos dejando al Ayuntamiento la elección de un modelo u otro, estaba prohibida por la cláusula 14 del Anexo I del PCAP que no admitía la presentación de variantes, e implicaba que el recurrente contara con dos posibilidades de valoración o dos proposiciones ya que en este caso no solo se valoraba el precio sino también criterios puntuables mediante juicio de valor (cláusula 18 del Anexo I del PCAP) pudiendo influir para la adjudicación la valoración que se hiciera sobre una u otra de las propuestas cuya elección se dejaba ,además, a criterio del Ayuntamiento que podía escoger entre uno u otro modelo ofertado, por lo que nos encontramos ante un supuesto de presentación de ofertas alternativas que compiten entre sí puesto que la presentación de dos modelos que pueden obtener diferente calificación supone la presentación de variantes, con la obtención de una ventaja competitiva sobre el resto de los licitadores ya que la Administración podía escoger entre dos modelos de la recurrente y uno solo de las demás licitadoras , por lo que la oferta del recurrente fue correctamente excluida de la licitación al incumplir los Pliegos que la rigieron y vulnerar el principio de igualdad entre los licitadores.

El hecho de que la segunda opción que presentó el recurrente "a título de mejora" pudiera no cumplir con los requisitos de diseño que se establecían en el art. 4.4.1 del PPT , como expresó a " a título de comentario " el informe de los servicios municipales de 21 de julio de 2015 , ya que durante la fase habilitada para la formulación de preguntas, se respondió a la recurrente a la aclaración por ella solicitada que " *el mobiliario no contará con ningún elemento accesorio adicional identificativo , solamente llevará una franja superior en la cara del plano que será impresa y que forma parte de los 2 m2 de superficie municipal*" , reafirma que la "opción a título de mejora" presentada por la recurrente ni era ni podía ser una mejora, si bien ello no indica a nuestro juicio- como alega la recurrente- que no pretendiera obtener doble puntuación ni tener mejores ó mayores posibilidades en la valoración de las ofertas, siendo un hecho que presentó el modelo que en principio "mejoraba" su opción base y que el único sentido de tal presentación es que la Administración lo tuviera en cuenta , lo valorara y lo eligiera como más beneficioso en la licitación y conllevara la adjudicación del contrato a la recurrente, careciendo totalmente de sentido en otro caso su presentación.

QUINTO.- Aunque lo razonado con anterioridad sería suficiente para desestimar el recurso, entendemos que también concurría la segunda causa de exclusión del proceso de licitación apreciada por la Resolución recurrida por cuanto que la oferta de la recurrente no cumplía en cuanto a la boca de depósito de los Mupis pilas 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, siendo así que la cláusula 4.2 del PPT establecía que " *el mobiliario ofertado, tanto en los elementos en sí mismos como en lo que 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*". Haciendo hincapié asimismo el art 1 del PPT , como hemos expresado con anterioridad, en que " *El acceso universal a estos servicios es también parte importante del contrato estableciéndose las características de accesibilidad y determinándose las obligaciones que el adjudicatario deberá cumplir en su prestación según la normativa de aplicación en cada uno de los casos*".

El apartado 2 del Anexo I del PCAP recogía varias normas en materia de accesibilidad , en concreto 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, el Decreto 13/2007 , de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas y el Real Decreto 1544/2007 por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

El art. 25 de la Orden VIV/661/2010 ,referido a las condiciones generales de ubicación y diseño del mobiliario urbano, en su apartado 1b) dispone: " *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 cm y se asegurará la inexistencia de cantos vivos en cualquiera de las piezas que los conforman* " , por lo que el saliente del Mupi de recogida de pilas no podía exceder de los 10 cm marcados por la normativa , siendo así que el ofertado por la recurrente tenía un saliente de 15 cm.

La recurrente admite haber ofertado un saliente disconforme con la normativa pero alega que ello no debió de ser motivo de exclusión de su oferta al resultar posible según la cláusula 4 del PPT , en fase de ejecución del contrato, realizar modificaciones de diseño ó acabado , fase en la que podría modificar el saliente a instancias de la Administración.



Tal alegación no puede prosperar. El Mupi de recogida de pilas ofertado por la recurrente no cumple con la normativa en materia de accesibilidad, por lo que incumplía el Pliego que obligaba a su cumplimiento; las ofertas han de ajustarse a los requisitos exigidos en los Pliegos y el no hacerlo es causa de exclusión de la oferta, debiendo verificarse que las ofertas se ajustan a los Pliegos al examinarse las mismas en las fases correspondientes previas a la adjudicación y no en la fase de ejecución del contrato; en el caso presente el apartado 23 del Anexo I del PCAP regula la documentación a presentar en relación con los criterios de adjudicación refiriéndose el sobre B a la documentación relativa a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, debiendo incluirse en el mismo toda la información relativa al diseño del mobiliario objeto de licitación, disponiendo dicho apartado que " *En caso de no ser aportada la documentación ó demás elementos indicados en el sobre B, ó si aun siendo aportado, fuera manifiestamente inviable ó incoherente con las prescripciones técnicas exigidas en el PPT del contrato, supondrá su exclusión del proceso de licitación* ", siendo así que en el caso presente el diseño del Mupi de recogida de pilas ofertado por la recurrente con un saliente de 15 cm no cumplía el objeto del contrato y era manifiestamente inviable ya que impedía su instalación en la vía pública al no cumplir la normativa exigida para ello.

No entendemos posible rectificar tal incumplimiento en fase de ejecución del contrato por cuanto que es claro que en el caso presente no nos encontramos ante ningún requisito referido exclusivamente a la fase de ejecución del contrato a verificar en dicho momento, sino a un requisito técnico exigido por los Pliegos al que debe ajustarse el modelo ofertado, que ha de ser comprobado en la fase de valoración de las ofertas y que, establecido así, impide la modificación de la oferta en una fase posterior por vulnerar el principio de concurrencia competitiva entre los participantes en una licitación, lo que entendemos nada tiene que ver con el hecho de que la cláusula 4.2 del PPT facultara a la Administración, con carácter previo a la instalación de los elementos de mobiliario urbano, a requerir al adjudicatario, la modificación de algunas características de diseño o acabado, así como la incorporación de medios o dispositivos de identificación gráfica de los elementos o del servicio que se presta, modificaciones que en ningún caso alterarían sustancialmente su diseño o acabado final; tampoco nos encontramos ante un error subsanable, al encontrarnos ante un error de diseño en el mobiliario ofertado, a tales efectos la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sección 7ª, de 21 de septiembre de 2004, recurso 231/2003, con cita de otras de fecha 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995) viene distinguiendo entre simples defectos formales que son sanables y sustanciales que no pueden ser objeto de dicha sanación. La razón de que estos defectos sustantivos no sean subsanables reside en que nos hallamos en estos casos de contratos administrativos en procedimientos de concurrencia competitiva, en los que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si, cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos materiales para participar, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen. (...) Avala la tesis anterior la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la subsanación de defectos u omisiones en las proposiciones de los licitadores en un contrato administrativo, que la admite exclusivamente respecto de defectos u omisiones formales, nunca en relación al cumplimiento de requisitos o condiciones de carácter material o sustantivo, y así se aprecia en la Sentencia de la Sección 4ª de aquella Sala de fecha 16 de diciembre del 2004 (recurso número 756/2000), en la de la Sección 7ª de fecha 21 de septiembre del 2004 (recurso número 231/2003), en la de la Sección 4ª de 12 de julio del 2004 (recurso número 1602/2001), en la de la Sección 7ª de 6 de julio del 2004 (recurso número 265/2003), y en la de la Sección 7ª de 7 de octubre del año 2003 (recurso número 1497/1998).

SEXTO. - Finalmente, hemos de decir que el recurrente que lo alega no acredita que el TACP haya vulnerado el principio de concurrencia y de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores por haber alcanzado soluciones distintas en la presente Resolución en que le niega la posibilidad de subsanar su oferta y en la Resolución 168/2015 en que admitió la posibilidad de que Clear Channel subsanara la suya en la misma licitación.

La Resolución 168/2015 no es objeto del recurso presente por lo que no podemos examinar tal Resolución, y la recurrente no concreta en la demanda la situación de una y de otra ni su identidad de situación, presupuestos básicos para poder apreciar la infracción del principio de igualdad.

SEPTIMO. - De conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA, la desestimación del recurso determina la condena en costas a la demandante, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a 4.000 euros (más IVA) que se abonará por mitad a cada una de las partes demandadas, no entendemos a tales efectos relevante que hayamos tenido que rechazar la alegación del Ayuntamiento relativa a la falta de competencia de esta Sala para enjuiciar una Resolución municipal, alegación que ni siquiera tuvo reflejo en el suplico del escrito de contestación en que solicitó la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Don Amancio Amaro Vicente, actuando en representación de El Mobiliario Urbano SLU (EMU), contra la Resolución nº 178/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de noviembre de 2015, a que esta "litis" se refiere, confirmamos dicha Resolución por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia .

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse 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 nº 2608-0000-85-0987-15 (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 nº 0049-3569- 92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85- 0987-15 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.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; cer-tifico.