



DILIGENCIA SOBRE PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR
EXPT. 029/2022 – EMTSAM-AYTO. MÁLAGA – Reclamante: COMSA INDUSTRIAL

A la vista del escrito de petición de Medida Cautelar previa a reclamación en materia de contratación del artículo 119 y ss. del RD-ley 3/2020, de 4 de febrero, interpuesto por Don F. J. G. Morell, en nombre y representación de **COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U.**, según refiere: “...en relación con la licitación relativa al “Suministro e instalación de cuarenta cargadores para autobuses eléctricos mediante pantógrafo invertido y manguera de conexión”, y de conformidad con las alegaciones efectuadas en la presente Solicitud, ..., atendidos los eventuales perjuicios e inconvenientes que pudieran derivarse de no tomarse”, respecto de la licitación de “SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CUARENTA CARGADORES PARA AUTOBUSES ELÉCTRICOS MEDIANTE PANTÓGRAFO INVERTIDO Y MANGUERA DE CONEXIÓN”, (expt. 029/2022), licitado por la EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, S.A.M., al haber sido excluida la entidad solicitante del procedimiento de contratación.

Habiéndose presentado el escrito en fecha 17 de febrero de 2023, en la Sede electrónica del Ayuntamiento de Málaga dirigido Tribunal, al amparo de lo dispuesto en los artículos 120 y 121 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de Medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, en concreto, la Directiva 2014/25-UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23-UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Argumentando el escrito presentado, previo a la presentación de la correspondiente reclamación en materia de contratación contra la decisión de exclusión acordada por la Mesa de Contratación de la EMT-SAM, lo siguiente:

«(v). - Motivos de fondo.

Periculum in mora. La necesidad de la adopción de la Medida Cautelar solicitada reside en que, en caso de seguir el procedimiento y proceder a la adjudicación del contrato, como ya no es posible valorar de forma cualitativa a COMSA INDUSTRIAL debido a que ya se conoce el contenido de las ofertas económicas, la eventual estimación de la Reclamación que presente COMSA INDUSTRIAL supondría que se produjera un perjuicio de difícil o imposible reparación para COMSA INDUSTRIAL, así como para la empresa que resultara adjudicataria e incluso para el órgano de contratación, en tanto que, una vez se adjudique, en caso de estimarse finalmente la Reclamación por motivo de la exclusión o de impugnarse la adjudicación, se retrotraerían las actuaciones al momento de la presentación de ofertas en el primer caso o se suspendería todo el procedimiento en el segundo, con todos los perjuicios que ello puede ocasionar.

Fumus bonis iuris. La ulterior Reclamación que será presentada por COMSA INDUSTRIAL se sustancia en combatir una exclusión que resulta injustificada, por cuanto no existe incumplimiento del Pliego Particular. La ahora recurrente se limitó, en su Oferta Técnica, a hacer uso de una de las opciones permitidas por los Pliegos, esto es, aportar un producto principal (en este caso, un cargador), y una alternativa (que consiste en un cargador con mejores características).

El propio apartado 1.3 del PCP dispone que “se valorarán otras posibles alternativas a la solución proyectada”, para lo que dispone una puntuación adicional de 0 a 3 puntos. COMSA INDUSTRIAL

Código Seguro De Verificación	0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	24/02/2023 12:03:12
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	1/5
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==		





dispuso, en el apartado 1.4.1.1 de su Oferta, el cargador ofertado, y en el apartado 1.4.1.2, una alternativa y mejora, que es algo permitido y puntuado por el PCP.

Justifica el Informe que existe incumplimiento del PCP en tanto que “sólo se admite una única oferta por cada licitador y no se permiten variantes”. Sin embargo, tal afirmación es fruto del propio Informe, pues el PCP al que se remite, excluye la posibilidad de variantes en lo que refiere a la oferta económica. En concreto, es en la página 16, relativa a los criterios de adjudicación, cuando se establece que no se admitirán variantes, y posteriormente en las páginas 23 y 65, relativas al Sobre 3, de la Oferta Económica, dónde se concreta que no se admitirán dichas variantes.

En cualquier caso, no hay que perder de vista que el propio PCP admite alternativas, siendo la Oferta la que hace uso de dicha facultad, ofreciendo el producto principal y, además, una alternativa.

Por ello, si en cualquier momento el Órgano de Contratación hubiera tenido dudas respecto de si se estaban ofertando dos productos en condición de principales, o si uno constituía o no una alternativa, debería haber remitido un escrito de solicitud de aclaración a COMSA INDUSTRIAL.

En última instancia, si finalmente consideraba que no se estaba ofertando una alternativa al producto principal, la respuesta debió haber sido no sumar ninguna puntuación de los 0 a 3 puntos previstos para los casos en que se ofreciera una alternativa, pero no excluir de la licitación.»

Y a tenor de lo dispuesto en el artículo 56.3º, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, supletoria del procedimiento establecido en los artículo 119 y ss. del RD-ley 3/2022, de 4 de febrero, antes citado, que establece: “*De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso, o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.*”

Teniendo en cuenta que cumpliéndose los requisitos de temporalidad exigidos en la citada norma y que en fecha de 23 de febrero de 2023 se ha remitido a este Tribunal informe del Director-Gerente de la EMT-SAM, del Ayuntamiento de Málaga, oponiéndose a la medida cautelar, en el que se considera lo siguiente (de forma extractada):

En la página 6 del escrito:

Como se aprecia de las actuaciones seguidas en el expediente de licitación y como se ha resaltado en el HECHO QUINTO del presente escrito, con fecha 8 de febrero de 2023 se publicó en el resumen de licitación del perfil del contratante el informe de valoración del técnico con relación a los criterios de adjudicación sobre juicio valor comprendidos en el Sobre 2 donde se detectaban dos observaciones con relación a la memoria técnica tanto de la Entidad Comsa como de otra mercantil, que impedían a criterio técnico la valoración de las mismas, por incurrir en distintos incumplimientos del pliego de condiciones que rige la presente licitación.

A tenor del contenido de dicho informe, la Mesa de Contratación, como se ha indicado antes, valora la repercusión de las deficiencias e incumplimientos detectados en la oferta técnica de la Empresa COMSA (Véase páginas 4 y ss. del Acta publicada con fecha 8/02/2023). Y no solo, se publica íntegramente el contenido del informe técnico así como el acta en el que la Mesa de Contratación tras motivar su decisión acuerda justificar la exclusión, sino que con fecha 9 de febrero de manera individualizada se le notifica a la Empresa COMSA, la resolución de exclusión por el órgano de contratación.

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga
Avda. Cervantes nº 4 – 29016 –Málaga / 951.927.156 / tarcaytomalaga@malaga.eu

Código Seguro De Verificación	0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	24/02/2023 12:03:12
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	2/5
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==		





En la página 7:

Así mismo, tampoco se comprende la falta de celeridad de la Entidad Comsa, en plantear la petición, por cuanto a pesar de haber tenido conocimiento con fecha 8 de febrero del presente del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, **en ningún momento ha realizado manifestación alguna ni ha comunicado su intención de reclamar**, permitiendo que se siguiera tramitando con total normalidad el procedimiento, planteando esta medida curiosamente, una vez conocido los resultados del sobre 3 (oferta económica) con fecha 17 de febrero (esto nueve días después de la publicidad del acuerdo de exclusión), del que esta parte ha tenido conocimiento con fecha 20 de febrero de 2023 al remitirnos el Tribunal el oficio.

En la página 8:

Por ello, a nuestro entender, la entidad COMSA ha interpuesto esta solicitud sin justificación alguna, de manera contraria incluso a sus actuaciones previas, con temeridad y mala fe, por cuanto eran conocedores de la urgencia de la tramitación de la licitación, dada la imperiosa necesidad de contar con cargadores eléctricos para los autobuses que ya vienen en camino y cuya recepción se espera para finales de marzo o principios de abril, de ahí la declaración de urgencia y el trastorno o daño que puede provocar la dilación del procedimiento y a pesar, como decíamos de estar debidamente informados de que el incumplimiento en el que incurren es de tal entidad que afecta a la validez de la oferta ya que no se trata de un mero aspecto accesorio y que lamentablemente, no puede ser subsanado de ninguna forma.

En la página 14:

En este caso, el actuar de esta entidad contratante ha sido totalmente ajustado a derecho y en observancia rigurosa de las normas de contratación pública. Como se desprende de las actuaciones seguidas, la decisión de exclusión no se produce de manera improvisada. Se analiza por la Mesa de Contratación la información proporcionada por el servicio técnico y se valoran las consecuencias legales y técnicas del alcance del incumplimiento detectado.

En la página 16:

Comoquiera que el incumplimiento es de tal entidad, que **no se puede conocer qué modelo de cargador se está ofertando por cuanto incluyen dos posibilidades que se entremezclan en la memoria y ficha técnica, resulta que no es posible de ningún modo la subsanación de dicha oferta**. Por cuanto, ni se puede permitir duplicidad de ofertas ya que supondría un incumplimiento flagrante de la Ley de Contratos del Sector Público, ni tampoco existe la posibilidad de variantes como se puede verificar del contenido de los pliegos y sus anexos, tanto los referidos a los criterios de adjudicación de juicio valor como al relativo a la oferta económica. En este sentido conviene recordar que el propio artículo 142 de la LCSP referido a la admisibilidad de variantes indica que debe especificarse en los pliegos y cumplir una serie de requisitos. Es por ello, que sea totalmente errónea la interpretación de que se admitan variantes.

En la página 17:

Código Seguro De Verificación	0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	24/02/2023 12:03:12
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	3/5
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==		





De ahí, que consideramos que el error cometido al configurar o elaborar la oferta propiamente por COMSA, provoca la invalidez de la misma y su imposibilidad de subsanación por contener un incumplimiento esencial del pliego, por lo que dicho error en el planteamiento de la oferta trae única y exclusivamente como causa su actuación poco diligente al no seguir las indicaciones del pliego, por lo que no es de recibo ahora, paralizar a su antojo y de manera arbitraria una licitación que se está tramitando en observancia de todas las prescripciones legales y garantías debidas.

Lo que no puede obviarse es el hecho de que **una indebida dilación del procedimiento, radicada en alegaciones infundadas, ocasiona graves perjuicios para el interés general**, habida cuenta que éste se configura como un principio constitucionalizado, que debe estar presente y guiar cualquier actuación del órgano de contratación, más aún cuando la tramitación del presente expediente se efectúa mediante **tramitación urgente**, en virtud de la resolución del órgano de contratación.

En la página 23:

SOLICITO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, que por presentado el presente INFORME, de conformidad con el artículo 49.2 de la LCSP, se sirva admitirlo y, tras los trámites oportunos, se dicte la correspondiente resolución por la que se **INADMITA** la solicitud de medida cautelar de suspensión interesada por COMSA INDUSTRIAL, al no mediar causas ni fundamentos que así lo requieran, y para el caso que sea estimada, se proceda al levantamiento de la suspensión del mismo, en el plazo estipulado al efecto en el artículo 56.3 LCSP.

Oponiéndose, en definitiva, a la adopción de la medida cautelar, y centrándonos en que el acto recurrido en la reclamación a presentar en su momento por COMSA, es el acuerdo de la Mesa de Contratación de 8 de febrero de 2023 aprobando la exclusión de dicha empresa por no haber ajustado su oferta a lo establecido en los pliegos aplicables.

Sin que conste que se haya aprobado, aun, por el Órgano de Contratación la adjudicación,

Por lo que, en ponderación de los perjuicios que se podrían causar a la Empresa Malagueña de Transportes, S.A.M. y al Municipio de Málaga y a tenor de lo manifestado en el informe remitido, que damos por reproducido, y al no haberse justificado debidamente en el escrito de solicitud de la medida cautelar de suspensión anticipada, las razones que llevarían a la misma, respecto del acuerdo de exclusión de la recurrente, adoptado por la Mesa de Contratación el 8 de febrero de 2023, que fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) el mismo día y notificada expresamente al día siguiente 9 de febrero de 2023, como se indica en el propio escrito de petición de la medida, por lo que es significativa la falta de premura para la presentación de la solicitud al hacerlo nueve días después de conocer dicha decisión, y teniendo la posibilidad de hacerlo igualmente con el escrito de reclamación que finalmente se presente.

Se acuerda **DENEGAR** la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación, siempre que no cambien las circunstancias, en cuyo caso podría adoptarse la medida cautelar que se solicitase.

Recordando que a tenor de lo establecido en el artículo 49.2, último párrafo, contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal.

Además, recordamos la obligación establecida en el artículo 63.3, último párrafo, de publicar dicha decisión en el perfil del ente contratante, debidamente alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP).

Código Seguro De Verificación	0iOAt1bpI71Gg8KDZVj1WA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	24/02/2023 12:03:12
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	4/5
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/0iOAt1bpI71Gg8KDZVj1WA==		





Lo que le comunico a los debidos efectos, en

Málaga, en la fecha de su firma electrónica.
El Presidente del Tribunal

Salvador Romero Hernández

- **SR. DIRECTOR GERENTE DE LA EMT-SAM.-**

*Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga
Avda. Cervantes nº 4 – 29016 –Málaga / 951.927.156 / tarcaytomalaga@malaga.eu*

Código Seguro De Verificación	0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	24/02/2023 12:03:12	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	5/5	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/0iOAt1bpI7lGg8KDZVj1WA==			