

Reclamación nº 63/2020

Resolución nº 92/2020

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

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de Arnaosainz, S.L. contra su exclusión del procedimiento “Acuerdo marco para las obras de instalación, modernización y legalización de sistemas de protección contra incendios” de Metro de Madrid S.A. (Licitación referencia 6011900396), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 8 de octubre de 2019, se publicó la convocatoria del procedimiento de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 10 de octubre en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el 11 de octubre en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el 12 de octubre en el en el Boletín Oficial del Estado.

El valor estimado del contrato asciende a 12.000.000 de euros.

Segundo.- En lo que aquí interesa el Pliego de Condiciones para la adjudicación del procedimiento abierto establece en la cláusula 19 del Cuadro Resumen para las empresas españolas y extranjeras no comunitarias:

“¿Es obligatoria la clasificación? Sí. Clasificación objeto del contrato: • Grupo: K ESPECIALES • Subgrupo: 09 INSTALACIONES CONTRA INCENDIOS • Categoría (4) (igual a Categoría E).

La vigencia y validez de la clasificación será comprobada directamente por Metro de Madrid, siempre que el licitador haya indicado en la declaración responsable incluida como anexo IV del PCP la información necesaria para que el órgano de contratación pueda acceder directamente al certificado. Cuando una empresa pretenda recurrir a las capacidades de otras entidades para integrar su solvencia económica y financiera y solvencia técnica, deberá aportar además el compromiso por escrito de dichas entidades de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 de la LCSP y en la condición 3.2 del PCP”.

Y en la condición 6.3. del mismo Pliego se establece:

“El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con Metro de Madrid será el de finalización del plazo de presentación de ofertas”.

El licitador es excluido por no disponer de la clasificación requerida en el momento de presentación de ofertas, impugnando la exclusión, fundado en primer lugar en que se le había informado por correo electrónico que podía tener la clasificación en el momento de valoración de las ofertas y en segundo lugar en que no era exigible esa clasificación por desproporcionada.

Tercero.- En fecha 27 de febrero de 2020, se interpone la reclamación.

Cuarto.- En fecha 12 de marzo se recibe el informe del órgano de contratación con el expediente administrativo, de conformidad con el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

Quinto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 7 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril y el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.5 establece que *“el contrato del acuerdo marco tiene naturaleza privada, conforme al artículo 26.1 b) de la LCSP. El régimen jurídico del Acuerdo Marco será el establecido en el apartado 5 del cuadro resumen del PCP. En todo lo no previsto expresamente se aplicarán, de manera supletoria, las normas propias del Derecho privado”*.

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta no ha sido tomada en consideración en el procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, y ser eventualmente adjudicatario de estimarse su pretensión.

Asimismo se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo en fecha 27 de febrero de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la exclusión, en fecha 11 de febrero de 2020.

Cuarto.- El acto de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de obras sujeto a regulación armonizada de la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.b).

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Quinto.- El reclamante fundamenta su escrito en que le informaron indebidamente en plazo de licitación sobre la clasificación requerida y sucesivamente que esta clasificación era desproporcionada o discriminatoria.

En fecha 14 de enero de 2020, se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el siguiente requerimiento de subsanación:

“En la DECLARACIÓN RESPONSABLE (documento de contratación) presentada, según el modelo facilitado al efecto como ANEXO IV del Pliego de

Condiciones Particulares (en adelante, PCP), en respuesta a la siguiente pregunta: “¿Cumple el licitador con la clasificación recogida en el apartado 19 del cuadro resumen del PCP?” El licitador indica lo siguiente: Como parte integrante de su documentación administrativa, el licitador adjunta también la siguiente documentación: - Registro de inicio de expediente en la Junta Consultiva de Contratación Pública para revisión de la clasificación. - Balance de situación actualizado al cierre del tercer trimestre del año en curso. La citada documentación no acredita que el licitador, en la fecha de vencimiento del plazo para presentar ofertas (20-11-2019), disponga de la Clasificación requerida en el apartado 19 del cuadro resumen del PCP. La Clasificación del licitador que figura en el ROLECE también es inferior a la requerida. Para subsanar este aspecto, debe presentar documentación que acredite que el licitador dispone de la Clasificación requerida en el apartado 19 del cuadro resumen del PCP, y que dicha clasificación le fue otorgada no más tarde del 20-11-2019”.

No habiendo subsanado en plazo es excluido el licitador del procedimiento de contratación. En primer lugar alega que en plazo de licitación solicitó aclaración sobre el momento en que tenía que acreditar la clasificación y que le señalaron que en el de valoración de las proposiciones, lo que según el reclamante es en el momento de resolución de las licitaciones. En segundo término alega que reunía en el momento de licitar las condiciones para que le fuera expedida la clasificación requerida (que aporta ahora con fecha de expedición 25-02-2020), a falta exclusivamente del certificado, y por último se expone en diversas consideraciones sobre la desproporción de esa clasificación computando el plazo para recurrir este aspecto del Pliego desde el momento en que fue excluido que a su entender es una modificación en la interpretación del Pliego.

Respecto del primer aspecto acompaña correos electrónicos cruzados con Metro de Madrid, no publicados como consulta en el perfil del contratante.

En la consulta de fecha 17 de octubre da cuenta a Metro de Madrid que no tiene la categoría requerida por falta de patrimonio neto, pero que habiéndolo ya

alcanzado puede optar a la misma, pero no puede hacerlo hasta la presentación de las cuentas en el Registro Mercantil. Por otro lado, afirma que la clasificación no es exigible a las empresas no españolas de estados miembros de la Unión Europea.

Por todo ello consulta:

“Por todo lo anterior, me gustaría consultar si es posible alguna de las siguientes opciones:

- Justificar el cumplimiento de los requisitos de clasificación K09 – Categoría 4, mediante la presentación de documentación financiera actualizada.*
- Justificar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional mediante el procedimiento reservado a empresas no españolas de estados miembros de la Unión Europea”.*

La respuesta del mismo día dos horas después del Servicio de Licitaciones de Metro de Madrid es:

“Estimados señores/as:

*Respecto a su consulta, informarles de que tal y como se indica en el apartado “**19. Solvencia económica y financiera y solvencia técnica: Clasificación (empresas españolas y empresas extranjeras no comunitarias)**” del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares que rige la licitación, la clasificación es obligatoria, por consiguiente, deberán cumplir con dicho requisito en el momento de la valoración de las ofertas, pudiendo comprobar por parte de Metro de Madrid en cualquier momento la validez de esta circunstancia a través de la plataforma ROLECE.*

Quedamos a su disposición para atender cualquier otra consulta o aclaración. Atentamente”.

De la respuesta deduce el reclamante que Metro de Madrid difiere el momento de la clasificación al de valoración de las ofertas, y no al de la licitación.

Según Metro de Madrid:

“1) TAL Y COMO SE INDICA en el apartado 19 del cuadro resumen, la clasificación es obligatoria”. Lo cual es una pura y simple remisión a la literalidad de

los pliegos, y por ende no es ninguna aclaración a éstos ni pretende serlo.

2) POR CONSIGUIENTE deberá cumplir con dicho requisito en el momento de la valoración de las ofertas. La expresión podrá ser, o bien correcta, o bien incorrecta, pero en ningún caso es una ‘aclaración’, ni una ‘explicación’, ni un ‘complemento’, ni en definitiva pretende añadir nada a lo que directamente (‘por consiguiente’) se derive de los pliegos”.

A juicio de este Tribunal, de la respuesta no cabe colegir el diferimiento de la fecha de la clasificación a un momento distinto al de presentación de proposiciones (de cuya necesidad en ese momento es consciente el propio licitador al realizar la consulta) sino simplemente que dicho requisito debería acreditarse como cumplido al valorar las ofertas, pudiendo comprobarse también en cualquier momento anterior a través del ROLECE. Que deba acreditarse como cumplido para ser valorado, no significa que se traslade la fecha de la clasificación, que quepa obtener la clasificación en fecha ulterior al plazo de licitación. No expresa que quepa la clasificación ulterior al plazo de licitación.

Por la propia naturaleza del procedimiento, donde la documentación administrativa la presenta el adjudicatario, Metro de Madrid tiene conocimiento que no se encuentra clasificado en la categoría requerida por su declaración en el DEUC y comprueba que no la tiene en el ROLECE.

A falta de esta declaración no hubiera tenido conocimiento hasta la adjudicación, de resultar adjudicatario.

En cualquier caso, Metro de Madrid no puede transgredir el Pliego que le obliga igual que al licitador. Y el mismo es taxativo en la cláusula 6.3:

“El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con Metro de Madrid será el de finalización del plazo de presentación de ofertas”.

El mismo reclamante es consciente de que esa posibilidad no existe, puesto

que no consulta la posibilidad de obtener la clasificación con posterioridad al plazo de licitación, sino la posibilidad de acreditar la solvencia de forma distinta a la clasificación, tal y como se ha transcrito.

No puede deducir una respuesta de Metro de Madrid distinta a lo que ha planteado.

Procede desestimar este motivo de reclamación.

Sostiene que de conocer la exigencia o bien no se hubiera presentado o bien hubiera impugnado los Pliegos.

Respecto del primer punto, solo cabe deducir que una información errónea no podría conducir en el caso a su continuidad en el procedimiento soslayando el Pliego, sino a una compensación por la indebida presentación de la proposición (el coste material de la presentación indebida de la documentación).

Del segundo punto deduce que el plazo para impugnar los Pliegos se encuentra abierto porque Metro de Madrid ha rectificado y debe computarse desde su exclusión. En sus propias palabras: *“Sin embargo, vemos que ahora la entidad contratante cambia de criterio y decide que el momento en que se debe presentar el certificado expedido por el ROLECE de la clasificación debería referirse al momento de finalización de presentación de las ofertas; entendemos que ello cambia las reglas de juego y que nos permite recurrir los pliegos de condiciones ahora, momento en que se materializa el cambio de criterio por parte de la entidad contratante”*.

A raíz de ello se extiende en un extenso discurso sobre lo desproporcionado de la clasificación requerida y la consideración de la exigencia de clasificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en los contratos

de obras superiores a 500.000 euros contrario a las Directivas Comunitarias.

Habiendo desestimado el motivo primero de reclamación sobre que Metro de Madrid le hubiera dado un plazo distinto al resto de licitadores para tener la clasificación requerida, procede desestimar estos sucesivos, porque el plazo para impugnar los Pliegos está vencido por el transcurso de quince días hábiles desde su publicación (el 10 de octubre de 2019 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid).

Procede la desestimación de estos motivos de la reclamación.

En cuanto a la alegación de que prima estar en posesión de los requisitos para obtener la clasificación frente a la clasificación formal, solo cabe decir que la clasificación se obtiene por decisión administrativa de órgano competente y es obviamente un acto expreso, cuando quiere establecerse como alternativa a la acreditación de la solvencia por otros medios se dice expresamente por la norma.

Por lo expuesto procede la desestimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación por la representación de Arnaosainz, S.L. contra su exclusión del procedimiento “Acuerdo marco para las obras de instalación, modernización y legalización de sistemas de protección contra incendios” de Metro de Madrid S.A. (Licitación referencia 6011900396)

Segundo.- No se aprecia temeridad o mala fe para la imposición de costas.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 LCSE.