

Reclamación nº 89/2020

Resolución nº 106/2020

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

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de la empresa Mer Mec S.p.A., contra su exclusión en la fase valoración técnica correspondiente a la licitación, por procedimiento abierto, del contrato de “Suministro e instalación de equipos de auscultación de geometría y desgaste de vía y línea aérea en vagón de Metro de Madrid” (Licitación 6011900443), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 20 de diciembre de 2019 se publicó la licitación referida en el Diario Oficial de la Unión Europea, con un valor estimado de 1.800.000 euros.

Segundo.- En lo que aquí interesa el Pliego de Condiciones para la adjudicación del procedimiento abierto establece en el apartado “25. Oferta técnica” del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares que rige la licitación como contenido mínimo de la oferta técnica lo siguiente: *“La oferta técnica deberá presentarse con el contenido mínimo siguiente:*

- Memoria técnica en la que se incluya lo siguiente:
 - Sistema de posicionamiento Odómetro.
 - Sistema de medición de geometría y desgaste de vía.

- *Sistema de medición de geometría y desgaste de línea aérea.*
- *Software para generar informes en Oficina Técnica. Todos los documentos presentados deberán estar escritos en castellano para proceder a su evaluación.*

**En el caso de que la documentación presentada incumpla los requerimientos técnicos del PPT, supondrá la exclusión de la oferta”.*

El apartado “5.3.2 Equipo Medición” del Pliego de Prescripciones Técnicas estipula que para Línea Aérea los parámetros a medir se clasifican en: geométricos, desgaste y angular. Definiendo estos últimos de la siguiente forma: “*Angular: ángulo del perfil de catenaria rígida y huella de desgaste respecto al plano medio de rodadura en cada uno de los dos tipos de perfil*”.

En la oferta presentada por la empresa Mer Mec S.p.A., para este punto en concreto, citan lo siguiente: “*Por otro lado, la resolución de la cámara adicional no ha sido diseñada para permitir la medición del ángulo (parámetro angular) de la superficie desgastada del hilo de contacto. La medición de dicho parámetro con el sistema propuesto debe evaluarse posteriormente. Dicha característica está disponible con precisión especificada como una posible actualización, que se negociará en una fase sucesiva y con un plazo a convenir*”.

El licitador es excluido porque se considera que la oferta no incluye la medición del parámetro angular, incumpliendo los requisitos exigidos en el apartado “5.3.2 Equipo Medición” del Pliego de Prescripciones Técnicas, haciendo referencia a que sería necesaria una futura negociación para poder contar con la medición de dicho parámetro.

Tercero. En fecha 8 de abril Metro de Madrid acuerda excluir esta licitación de la suspensión de plazos administrativos acordada por 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, acogiéndose al apartado 4 de la misma.

Cuarto.- En fecha 8 de mayo de 2020 se interpone la reclamación.

Quinto.- En fecha 21 de mayo de 2020 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 (LCSE). El órgano de contratación cita esta disposición. No obstante, al haberse dictado el acto recurrido con posterioridad a la entrada en vigor 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; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones, la reclamación se rige por esta última conforme a su disposición transitoria primera y disposición final decimosexta de la misma. Señala la citada disposición final: “*2. No obstante lo anterior, el libro primero, las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, decimosexta y decimoséptima; la disposición transitoria primera y el apartado primero de la disposición derogatoria única, entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del artículo 126, que lo hará al día siguiente de la referida publicación y del artículo 72.2 que lo hará al mismo tiempo que la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo*”. Y la transitoria primera: “*2. Los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente real decreto-ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

3. Los procedimientos de reclamación iniciados al amparo del artículo 101 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, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.5 del Pliego de Condiciones 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 120 y siguientes del Real Decreto-ley 3/2020, en los que se dispone lo siguiente: “*1. Los órganos de recursos contractuales regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el artículo 5.1 de este real decreto-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 en este real decreto-ley:*

a) Resolver las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en este real decreto-ley.

b) Acordar las medidas cautelares de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.

c) Fijar las indemnizaciones que procedan, previa la correspondiente reclamación de daños y perjuicios, por infracción, asimismo, de las disposiciones contenidas en este real decreto-ley.

2. Si la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en el artículo 5.1 y hubiera varias Administraciones Públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante se encontrara en el mismo supuesto, por operar en varios sectores de los incluidos en los artículos 8 a 14, la reclamación podrá ser presentada ante cualquiera de los órganos de recursos contractuales competentes mencionados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que vendrá obligado a resolver”.

El órgano de contratación ha dado a la reclamación la tramitación de la Ley 31/2007 citada y no cita el 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; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, cosa que explica en la contestación a la que reclamación en el hecho que la tramitación del procedimiento de contratación ha sido por la normativa anterior. No obstante, este Tribunal entiende le corresponde la tramitación de la nueva normativa.

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 48 de la LCSP, a la que se remite el Real Decreto-ley 3/2020 (LPCSE en los sucesivo).

Asimismo se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo en fecha 8 de mayo de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la exclusión, en fecha 22 de abril de 2020.

Cuarto.- El acto de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada de la LPCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1.

- “a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.
- b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.
- c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras”.

Quinto.- El reclamante fundamenta su escrito en la traducción incorrecta del italiano de su oferta técnica. Tal y como recoge en su escrito de interposición:

“Estimado Señor / Señora, En su comunicación de fecha 22 de abril de 2020, se nos comunica la exclusión de nuestra oferta de la Licitación 6011900443 al considerarse que ésta no incluye los requisitos exigidos en el apartado ?5.3.2 Equipo Medición? del Pliego de Prescripciones Técnicas, en concreto al parámetro angular |ángulo de perfil de la catenaria| haciendo referencia a que sería necesaria una futura negociación para poder contar con la medición de dicho parámetro.

El párrafo completo de nuestra propuesta, que también citan en su comunicación, es el siguiente:

“Por otro lado, la resolución de la cámara adicional no ha sido determinada para permitir la medición del ángulo |parámetro angular| de la superficie desgastada del hilo de contacto. La medición de dicho parámetro con el sistema propuesto debe evaluar posteriormente. Dicha característica está disponible con precisión especificada como una posible actualización, que se negociará en una fase sucesiva y con un plazo a convenir”.

Con referencia a este párrafo, nos gustaría aclarar lo siguiente:

En el párrafo se indica que "Dicha característica está disponible con precisión especificada como una posible actualización"; desafortunadamente, la traducción al español no ha indicado el significado original que se pretendía expresar. Una exposición más correcta de la situación real sería: Dicha característica está disponible con la precisión especificada [en el Pliego] como una actividad que requerirá un esfuerzo adicional. Lo que significa que el sistema a suministrar requerirá un tiempo específico para el ajuste fino |fine tuning| del algoritmo. No obstante queremos asegurar sin ningún género de dudas que el sistema propuesto incluye la función de la medición del ángulo de la catenaria y que cumplirá con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas. La siguiente frase del párrafo indica "que se negociará en una fase sucesiva y con un plazo a convenir". En este caso también nos debemos disculpar por la imprecisión de la traducción al español. Esta frase se debe entender como: Será necesario un periodo de ajuste del algoritmo, que dependerá de la disponibilidad de las pruebas reales en vía, ya que esta calibración no se puede reproducir en laboratorio. En condiciones normales, este ajuste se debería poder realizar sin problemas en el plazo indicado en la licitación, pero dependerá principalmente de la disponibilidad de Metro para la realización de dichas pruebas en vía, por ello se indicaba que el plazo se deberá convenir, refiriéndose únicamente a

que se deberán considerar también los plazos que otorgue Metro de Madrid para la realización de las pruebas.

Para demostrar nuestra buena fe y la certeza de estas explicaciones, debe considerarse que el Sistema de medición de geometría y desgaste de línea aérea anterior utilizado por Metro de Madrid también fue suministrado por MER MEC SpA y ya incluía la medición de este parámetro angular, como lo demuestra el documento que también adjuntamos [entregado a Metro en el año 2015]. Si ese parámetro ya estaba incorporado en el sistema anterior de MERMEC suministrado a Metro, no resultaría lógico que no forme parte de la oferta actual. Por los motivos expuestos, rogamos se considere que MERMEC cumple plenamente con el Pliego de Prescripciones Técnicas del Sistema de medición de geometría y desgaste de la línea aérea del procedimiento abierto para un suministro e instalación de equipos de auscultación de geometría y desgaste de vía y línea aérea en vagón de Metro de Madrid [Licitación 6011900443].

Cualquier aclaración o información adicional que pudieran precisar no duden en ponerse en contacto de nuevo con nosotros.

Deseamos expresar nuestras disculpas por los problemas que los errores cometidos en la traducción de nuestra oferta hayan podido ocasionar. Agradeciendo de antemano su atención, aprovechamos para saludarles muy atentamente”.

El órgano de contratación manifiesta que esa argumentación trata de obviar lo que es una modificación de su oferta, siendo responsabilidad de la misma asegurarse que la traducción era correcta: “*El reclamante, con el fin de intentar la anulación de su exclusión, atribuye su incumplimiento del pliego a que ha incurrido en una serie de errores en la traducción de su oferta, por lo que se disculpa en varias ocasiones en su escrito:*

“*(...) desafortunadamente, la traducción al español no ha indicado el significado original que se pretendía expresar. (...)*”.

“*(...) En este caso también nos debemos disculpar por la imprecisión de la traducción al español. Esta frase se debe entender como: (...)*”.

No obstante, dicha explicación no es más que el reconocimiento por su parte del incumplimiento que ha motivado su exclusión, defecto que pretende subsanar achacando la omisión de su oferta a una defectuosa traducción, aprovechando la

reclamación para realizar lo que no puede considerarse sino un nuevo ofrecimiento, diferente al contenido en la oferta que presentó y que modifica ésta, con objeto de evitar el incumplimiento que motivó justificadamente su exclusión de la licitación.

Y, además, la referencia a una traducción incorrecta que realiza MER MEC, S.p.A., tampoco puede suponer la admisión de su pretensión de que su oferta cumplía los requerimientos de los pliegos de la licitación, ya que dicha traducción, de existir, fue responsabilidad del reclamante, quien debió de asegurarse de que el contenido reflejado en su oferta se ajustaba a lo solicitado en la licitación.

Por otra parte, parece difícil achacar a una defectuosa traducción lo que es una omisión de lo exigido en los pliegos, y no una incorrecta expresión de lo que se ofrece -no se contempla en la oferta lo requerido en relación con la medición del parámetro angular, indicando expresamente la necesidad de una ulterior negociación para poder contar con la indicada medición-“.

A juicio de este Tribunal el razonamiento del recurrente no es atendible. Sea cual sea el texto en italiano y su eventual traducción, que no constan, la oferta tiene que presentarse en castellano, tal y como consta en el Pliego de Condiciones Particulares y en el artículo 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Este texto es el único que tiene validez a efectos de la licitación.

Cualquier modificación del mismo posterior es una modificación de la oferta no permitida por la legislación de contratos del sector público, pues la mera presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada de los pliegos y de la documentación que rige la licitación, afectando al principio de igualdad que se permitiera su modificación ulterior.

Esta modificación es inviable, según hemos señalado reiteradamente: Resoluciones, 223/2016 de 26 de octubre, 87/2018 de 22 de marzo y 112/2019 de 20 de marzo, entre otras muchas.

Así, por ejemplo, puede citarse, por todas, lo manifestado en este sentido, por la Resolución nº 262/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 1 de diciembre: “(...) *Conforme a la doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como requisitos mínimos necesarios en los pliegos que rigen el procedimiento. Requisitos que cualquier licitador interesado razonablemente informado y normalmente diligente podría comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, que la entidad adjudicadora puede comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (...)*”.

Comprobar que la traducción presentada en castellano se ajusta a la documentación técnica en italiano es tarea del licitador.

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 120 de la LCPSE 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 la empresa Mer Mec S.p.A., contra su exclusión en la fase valoración técnica correspondiente a la licitación, por procedimiento abierto, del contrato de “Suministro e instalación de equipos de auscultación de geometría y desgaste de vía y línea aérea en vagón de Metro de Madrid” (Licitación 6011900443).

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 122 LPCSE.