

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por la empresa APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A, contra la decisión adoptada por la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A. en su reunión de 12 de septiembre de 2023, en relación con el procedimiento PSARA2-23 (MTO. Buses) “Servicio de mantenimiento, reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S. A.” por el que se declara desierto el mismo y se tiene por retirada la única oferta presentada, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 5 de mayo de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación del expediente. El 3 de mayo se publica en el DOUE.

El valor estimado asciende a 3.908.540,22 euros.

Solo concurre el recurrente.

Segundo. - El apartado 4.2 del PCG (Pliego de Condiciones Generales) expresa:

“4.2. Aceptación de las condiciones del procedimiento de contratación.

Excepciones

El hecho de presentar oferta supone que el licitador acepta todas y cada una de las condiciones del presente Pliego de Condiciones Generales, del Cuadro de Características Específicas, del Pliego de Condiciones Técnicas y de los Anexos de los mismos. Si durante el periodo correspondiente al plazo de presentación de ofertas, EMTF hubiera contestado públicamente consultas, podrá exigir la presentación de una copia firmada de las mismas como prueba de su recepción y aceptación por el licitador.

Salvo que el CCE o en PCT se establezca otra cosa, no se podrán presentar excepciones a este Pliego y sus Anexos.

En el caso de que se acepten, se presentarán debidamente razonadas y explicadas, con expresión de si las mismas son o no condición necesaria para el mantenimiento de la oferta, y se explicarán con detalle en la Descripción Técnica del punto 4.5.2. La adjudicación deberá recoger expresamente, en su caso, la aceptación de las referidas excepciones, por lo que, si no fuera así, y el licitador suscribiese la Carta de Adjudicación, se tendrán por no puestas”.

En lo que aquí interesa el apartado 2 del PCT (Pliego de Condiciones Técnicas) expresa:

“El contratista acepta la flota de vehículos de la EMTF existente en su estado actual de funcionamiento, los periodos de garantía de los vehículos de la flota, los planes de mantenimiento preventivo presentados por los adjudicatarios de los nuevos vehículos eléctricos y toda la información disponible en la EMTF que pueda afectar a la preparación de la oferta. Se adjunta un listado de la flota actual y la previsión del plan de flota, no vinculante, a implementar, en los años de vigencia del contrato.

Esta aceptación de la flota de autobuses existentes en la EMTF, independientemente de su marca, modelo, estado, calidad, etc., le obliga a mantener y reparar los mismos, sin que sean sustituidos por otros. El plan de renovación de la flota que se adjunta no es vinculante para la EMTF y puede ser modificado sin necesidad de acuerdo con el nuevo contratista y sin variación de los precios del contrato.

En cualquier caso, los licitadores podrán realizar una auditoría propia del estado de la flota, para lo que se permitirá el acceso a las instalaciones de la EMTF y a la flota en los días que establezca la EMTF. Se concederá un máximo de 4 días (2 sábados y 2 domingos) de acceso para realizar el estudio del estado actual de la flota de autobuses urbanos, antes de redactar la oferta. Todas las empresas interesadas realizarán las visitas en el mismo horario y mismos días, de 8:00 a 18:00 horas y deben comunicar a la EMTF el personal que desplazarán a las visitas con antelación tal y como se publique en la Plataforma de Contratación. Los días de auditoría se determinarán de acuerdo a las peticiones realizadas por los interesados a través del PLACSP”.

Tercero. - Con fecha 27 de mayo de 2023, APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A. realizó la visita a las instalaciones el para llevar a cabo la auditoría propia contemplada en pliegos, presentando oferta en 7 de junio.

Cuarto. - En fecha 30 de junio, se requiere al único licitador la documentación del artículo 150.2 de la LCSP. No habiendo dado respuesta al requerimiento en los diez días hábiles se amplió el plazo por otros cinco, con la siguiente advertencia:

“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP en relación con las prohibiciones de contratar”.

Tras cumplir el requerimiento, se concedió un plazo de tres días hábiles para que subsanara la siguiente documentación:

- Acreditación del seguro de responsabilidad civil. Póliza y último recibo abonado y en vigor del seguro de Responsabilidad Civil por Explotación con cobertura de 1.000.000 €.
- Depósito de la garantía definitiva, correspondiente al 5% del precio de adjudicación, IVA excluido de cualquiera de las formas establecidas en el artículo 108 de la LCSP.

No habiendo cumplido se propone al órgano de contratación tener por retirada la proposición con imposición de la penalidad del 3%, que acuerda la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración:

“Primero.-Acordar TENER POR RETIRADA LA OFERTA de APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A en el procedimiento PSARA2-23 MTO.BUSES “Servicio de mantenimiento reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A.”, por apreciarse incumplimiento de lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, cláusulas 5, 7, apartados J y N del Cuadro de Características del Pliego de Condiciones Generales del expediente.

Segundo. - Acordar la DECLARACIÓN DE DESIERTO del procedimiento de adjudicación del Contrato PSARA2-23 MTO.BUSES “Servicio de mantenimiento reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A” al no haber otros licitadores a los que pueda proponerse como adjudicatarios, siendo APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A el único licitador que ha concurrido en el procedimiento”.

Tercero. - Acordar exigir a APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad por no haber retirado su oferta en

el procedimiento PSARA2-23 MTO.BUSES “Servicio de mantenimiento reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A.” ascendiendo la suma debida a 58.628,10 euros, suma que se hará efectiva mediante el procedimiento que corresponda, no habiendo garantía provisional constituida al efecto”.

Quinto. - En fecha 27 de octubre de 2023 presenta recurso especial en materia de contratación (sic), en el que se insta:

“a) La revocación de los acuerdos del Órgano de Contratación de la licitación del servicio de mantenimiento reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A, con número de expediente PSARA2-23.

b) Y que se dicte Resolución por la que, con base en todos los antecedentes de la licitación, así como los motivos invocados en el presente recurso, se desista de oficio por parte del Órgano de Contratación de la licitación, sin aplicación de la exigencia a APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A. del importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación”.

Sexto. - El 2 de noviembre de 2023, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 adelante, LCSP).

Séptimo.- Pese a que la empresa lo califica de recurso especial en materia de contratación lo procedente en el caso es la reclamación en materia de contratación por ser un procedimiento regido por 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 (en adelante, RDL 3/2020), procediendo la

recalificación del recurso por mor de lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - La preparación y adjudicación de este contrato se rige por lo dispuesto en 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 (en adelante, RDLSE), y lo establecido por el apartado 2 de la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato, éstos se regirán por lo establecido en el propio contrato, en la documentación contractual, en el Derecho privado y en el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de la debida aplicación de las normas contenidas en el Título VI del RDLSE (artículos 105 a 113).

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación planteada.

Segundo. - Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al ser la única licitadora de la que se ha tenido por retirada su proposición.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - La reclamación se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 5 de octubre de 2023, e interpuesto el recurso el 27 de octubre de 2023 ante este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLSE.

Cuarto. - El contrato por su importe admite reclamación en materia de contratación, así como el acto de tener por retirada la proposición e imponer una penalidad. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLSE

Quinto. - La fundamentación jurídica del recurrente se basa en la visita girada a las instalaciones, donde encontró una serie de defectos que van más allá del riesgo y ventura propio de la contratación administrativa. A la vista de los mismos en la oferta técnica incorporó esta declaración:

“El objeto del presente contrato es la contratación del servicio de mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo de la flota de autobuses urbanos de la EMT de Fuenlabrada.

Tal como dispone el Pliego, el contratista acepta la flota de vehículos de la EMTF existente en su estado actual de funcionamiento, los periodos de garantía de los vehículos de la flota, los planes de mantenimiento preventivo presentados por los adjudicatarios de los nuevos vehículos eléctricos y toda la información disponible en la EMTF que pueda afectar a la preparación de la oferta.

Esta aceptación de la flota de autobuses existentes le obliga a mantener y reparar los mismos, sin que sean sustituidos por otros.

En el curso de la preparación de oferta, la licitadora ha realizado la visita técnica preceptiva del Pliego a las instalaciones de la empresa, llevando a cabo una auditoría propia del estado de la flota. En la visita se ha podido comprobar que la mayoría de los vehículos sufren pérdidas severas de aceite y fluidos, cuya reparación no está recogida en los planes de mantenimiento del Pliego, y cuya cobertura, por tanto, no puede ser asumida por la licitadora dentro del riesgo y ventura del contrato. Por esta razón la validez de la presente oferta queda vinculada a la previa reparación de los vehículos, a fin de adecuar el estado de los mismos a la edad y kilometrajes actuales, importe que no será asumido por la licitadora. Del

mismo modo y estimando un periodo mínimo de 2 meses para proceder con las reparaciones previas anteriormente mencionadas, dicho periodo será considerado de carencia a efectos del cómputo de las penalizaciones contempladas en los apartados 3 y 5 del Pliego de Prescripciones técnicas”.

El licitador ha actuado siempre de buena fe y con ánimo colaborativo, reconocido por la propia Administración que le amplió el plazo para presentar la documentación del artículo 150.2 de la LCSP.

No procede la imposición de la penalidad, que solo es para incumplimientos severos que denoten la retirada de la oferta, no cuando lo que manifiestan es la voluntad de cumplimiento, que admite subsanación, concluye el recurrente.

Invoca el órgano de contratación la vinculación positiva a los Pliegos de los licitadores (artículo 139.1 de la LCSP), que se están impugnando indirectamente los mismos, el apartado 2 transcrito del PPT, el artículo 150.2 de la LCSP, el 62 del Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las cláusulas 2, 5, 7, los apartados J, N, S del cuadro de características generales del PCAP.

Respecto de la declaración en la oferta técnica afirma el órgano de contratación que ha quedado acreditado que son numerosas las ocasiones a las que **APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A.** *“rehúsa de dar cumplimiento a los requerimientos de EMT de Fuenlabrada, consciente de su posición en el procedimiento como única licitadora del procedimiento instando constantemente al órgano de contratación a llevar a cabo modificaciones de los pliegos, inclusión de condiciones, limitaciones de responsabilidad ajenas al clausulado del contrato, que EMT de Fuenlabrada nunca aceptó, manteniendo la vigencia y eficacia del clausulado de los pliegos en todo momento”.*

A juicio de este Tribunal, y tal y como señala el órgano de contratación, el objeto de la visita a las instalaciones es que los interesados ponderen la presentación de proposiciones y la oferta que van a realizar. Vistas las deficiencias que dice el recurrente y a la luz del apartado 2 del PPT que les obliga a aceptar la flota de vehículos en su estado actual y correr con los gastos de mantenimiento y repararlos, un licitador prudente valora la presentación de proposiciones, teniendo en cuenta que su mera presentación supone la aceptación incondicionada de todas sus cláusulas: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.* (artículo 139.1 de la LCSP).

La declaración contenida en la oferta técnica que condiciona la validez de la misma a la previa reparación de los vehículos por el órgano de contratación, debe entenderse en el caso que anula la proposición debiendo dar lugar al rechazo de la misma. Tal y como expresa el artículo 1116 del Código Civil, *“Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa”.* La oferta pone una condición expresamente contraria a los Pliegos y a la Ley.

El Pliego en su cláusula 4.2 establece una regulación muy confusa sobre las condiciones del procedimiento de licitación, aceptando las excepciones del licitador al mismo si en el Cuadro de Características Específicas (CCE) o en el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) se admite esta posibilidad. Confusa porque el párrafo tercero de la cláusula puede dar a entender que es posible la admisión de excepciones no contempladas en esos documentos, CCE y PCT: *“En el caso de que se acepte, se presentarán debidamente razonadas y explicadas, con expresión de si las mismas son o no condición necesaria para el mantenimiento de la oferta, y se*

explicarán con detalle en la Descripción Técnica del punto 4.5.2. La adjudicación deberá recoger expresamente, en su caso, la aceptación de las referidas excepciones, por lo que, si no fuera así, y el licitador suscribiese la Carta de Adjudicación, se tendrán por no puestas”.

Esta redacción bien pudo dar pie al licitador a entender que podría establecer condiciones en su oferta técnica y que el órgano de contratación tendría que pronunciarse sobre las mismas.

La confusión es aún mayor si se entiende que en puridad este tipo de cláusulas no cabe en la contratación del sector público. Los contratos del sector público no son contratos privados en los que se pueda condicionar la oferta, en virtud de la autonomía de la voluntad. Son contratos de “*adhesión*” en los que la convocante del sector público fija en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares los “*pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato*” (artículo 123.2 LCSP) y en las prescripciones técnicas las condiciones que hayan de regir la ejecución de la prestación (artículo 124 LCSP).

Hemos señalado reiteradamente que la interpretación de las cláusulas oscuras de un pliego no puede perjudicar al licitador: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*” (artículo 1288 Código Civil).

El artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obliga a rechazar las proposiciones que sean manifiestamente contrarias al modelo establecido, artículo que se ha entendido de aplicación a toda la oferta y no solo a la proposición económica:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece

de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Ante una oferta técnica condicionada como la expuesta más arriba y a pesar de que el Pliego exprese que se tendrá por no puesta si no se ajusta a los requisitos de la cláusula 4.2 del PCG, se entiende que procedía rechazar la oferta del licitador por las razones expuestas, en vez de continuar con la misma hasta concluir con la penalización del adjudicatario.

Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.4 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.- Estimar el recurso interpuesto por la empresa APLICACIONES Y SISTEMAS INTEGRALES PARA EL TRANSPORTE, S.A, contra la decisión adoptada por la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S.A. en su reunión de 12 de septiembre de 2023, en relación con el procedimiento PSARA2-23 (MTO. Buses) “Servicio de mantenimiento, reparación, gestión de recambios y gestión ITV de la flota de autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Fuenlabrada, S. A.” por el que se declara desierto el mismo y se tiene por retirada la única oferta presentada.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.