

Reclamación nº 74/2017

Resolución nº 90/2017

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

VISTA la Reclamación interpuesta por don J.C.S., actuando en nombre y representación de AMPER SISTEMAS, S.A., (en adelante AMPER) contra la exclusión del procedimiento de licitación del “Servicio de renovación de la radiotelefonía embarcada, coches 2000B, 7000 y 8000 1ª”, expediente nº 6011600250, convocado por Metro de Madrid, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 19 de noviembre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y Perfil de contratante de Metro de Madrid, el 24 de noviembre en el BOE y el 1 de diciembre de 2016, en el BOCM y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 1.100.000 euros.

Segundo.- El apartado 21 “*contenido mínimo de la oferta técnica*” del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) establece que “*La oferta*

técnica deberá acreditar los requisitos incluidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y como mínimo deberá contener la documentación especificada en el apartado 22.”

En relación con la proposición técnica el apartado 7 del PCP en su párrafo final dispone: “*Será excluida de la licitación aquella proposición respecto de la cual, a la vista de los documentos justificativos de los criterios sujetos a juicio de valor exigidos en el apartado 22 del cuadro resumen y de los requerimientos del Pliego de prescripciones técnicas, se aprecie la inviabilidad de la oferta técnica.*”

Segundo.- A la licitación se presentaron dos empresas, TELTRONIC, S.A. Unipersonal y la reclamante.

El día 15 de febrero de 2017, le fue comunicada a AMPER su exclusión de la licitación “*al no cumplir con todos los requerimientos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y de conformidad con lo previsto en la condición 7 del Pliego de Condiciones Particulares*”.

Tercero.- El 2 de marzo de 2017, la empresa AMPER, previa presentación del anuncio en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE, presentó escrito de Reclamación ante el Tribunal, siendo comunicado al órgano de contratación, que remitió el expediente y el preceptivo informe el 13 de marzo en virtud de lo establecido en 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).

Se alega que el “*PCCPP del procedimiento únicamente contempla y autoriza en su condición particular 7 una decisión tan drástica e irremediable como es la exclusión/rechazo de las ofertas técnicas que se presenten en una fase tan temprana del proceso y sin otras mayores consideraciones, para el caso de que “se aprecie la inviabilidad de la oferta técnica”, de donde se sigue, visto que el motivo determinante de su exclusión nada tiene que ver con tal circunstancia, que la*

exclusión de la oferta técnica presentada por AMPER no es conforme a derecho. En ningún momento el órgano de contratación alude o afirma apreciar que la oferta técnica presentada por AMPER es inviable técnicamente y por consiguiente y desde este presupuesto la aplicación de la previsión recogida en la condición 7 a la que nos referimos cae por su base". En consecuencia, solicita se deje sin efecto el acuerdo de exclusión de su oferta ordenando que la misma sea admitida a la licitación.

Cuarto.- El Servicio de Contratación de Metro de Madrid en el informe remitido afirma que AMPER SISTEMAS, S.A., fue excluida por no cumplir íntegramente los requisitos mínimos exigidos en el apartado 21 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (PCP), en concreto por falta de acreditación de los requisitos incluidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por las siguientes razones:

A) Porque bascula sobre una tergiversación de la condición particular "7" del Pliego de Condiciones Particulares. *"Pero si se lee con el detenimiento debido, se comprobará que dicha condición particular no dice "inviabilidad técnica de la oferta" sino "inviabilidad de la oferta técnica", lo que cambia de raíz la literalidad en la que el reclamante tanto había insistido, y obliga a convenir que su oferta técnica es inviable desde el momento en que se aparta de los pliegos, y que el Órgano de contratación hizo lo correcto al determinar su exclusión".*

B) Porque la oferta técnica está manifiestamente orientada a la futura modificación de un contrato que no es modificable.

C) Porque es manifiestamente gratuito descalificar los pliegos como "incompletos" sin indicar cuál es su omisión o laguna.

Quinto.- Con fecha 13 de marzo de 2017 se dio traslado de la reclamación a los demás interesados, para que se presentaran, en su caso, las correspondientes alegaciones.

Ha presentado alegaciones la empresa adjudicataria, Teltronic, S.A., que sostiene en primer lugar que Amper no discute que su oferta no acredite el

cumplimiento de los requisitos del PPT sino únicamente la aplicación de la cláusula 7 del PCP y en segundo lugar, tras analizar las alegaciones de la reclamación, concluye que “*aunque AMPER alegue que no ha incumplido, condicionado, modificado o excepcionado el pliego, sí que lo ha hecho, por ejemplo, condicionando la validez de su precio al no surgimiento de contingencias relativas al reemplazo de antenas, cableado y al uso de los conductos de cableado preexistente (ya que en caso de surgir tales contingencias, asegura AMPER que las cotizaría aparte, vulnerando el principio de precio cierto) y también condicionando el suministro futuro de repuestos a que “el mercado lo permita”. Tales condicionamientos invalidan su oferta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP.* Aunque tras alegar AMPER que no ha incumplido, condicionado, modificado o excepcionado el pliego después trate AMPER de justificar tales incumplimientos, condicionamientos, modificaciones y excepciones alegando una redacción deficiente del pliego, tal argumentación debe decaer porque no es este el momento de la Licitación en el que procede impugnar los pliegos, sino que tal momento ha pasado sin que hubiese impugnación al respecto. Tal argumentación es contraria al artículo 145.1 del TRLCSP y a la jurisprudencia y doctrina que lo desarrolla”.

Por todo ello solicita la desestimación del recurso y que le sea impuesta a la recurrente una sanción por temeridad en la interposición de la reclamación ya que sus alegaciones carecen de fundamento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 presente reclamación.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el Pliego de Condiciones Particulares señala que “en los términos establecidos en la condición 1.5 del

presente Pliego de Condiciones Particulares, la preparación y adjudicación de este contrato se regirá por lo dispuesto en 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, y en las Instrucciones Internas de Contratación de Metro de Madrid, S.A., de 13 de septiembre de 2012”.

Segundo.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, “podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”, al ser una licitadora excluida del procedimiento.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante de la reclamación.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto de la reclamación debe indicarse que ésta se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento correspondiente a un contrato de servicios cuyo CPV es 50224000-1, incluido en la categoría 1 “servicios de mantenimiento y reparación”, del anexo II A de la LCSE, que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma, al ser su valor estimado superior a 418.000 euros.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, ésta se dirige contra la exclusión de la oferta de la reclamante que le fue notificada el día 15 de febrero de 2017. La reclamación se interpone ante este Tribunal el 2 de marzo, dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- Los motivos de la exclusión de la oferta presentada por AMPER se concretan a juicio del órgano de contratación, en los siguientes aspectos:

- No cierra económicamente la solución propuesta para la instalación de la nueva antena ni para la instalación del nuevo equipo de radio en las dos cabinas

extremas, resultando incierto por tanto el precio de su oferta, por lo que incumple las condiciones por las que se rige esta licitación, en la que, en cualquier caso, se establece un presupuesto máximo de licitación que no es posible rebasar.

- Falta estudio de detalle y el proceso de trabajo no está totalmente definido.
- Ofrece un sistema de radiotelefonía evolucionado, el COMET II, pero el detalle técnico del proyecto propuesto y las características técnicas de los equipos que forman parte del suministro lo realiza sobre el modelo COMET actual, que en su misma oferta se describe como completamente descatalogado.
- No garantiza el suministro de repuestos de todos los elementos del sistema durante la vida útil del mismo, que se estima en 20 años.

La reclamante manifiesta que el contenido de la propia resolución impugnada debe ser calificado de incongruente y debe ser anulada, por considerar que su oferta es viable técnicamente.

Añade que “*AMPER se ha comprometido a cumplir todas las previsiones contempladas en el Pliego, presentando una oferta cerrada e incondicionada. Las manifestaciones o aclaraciones que en ella haya podido realizar respecto de extremos no debidamente precisados en el Pliego o respecto de extremos directamente no contemplados en el mismo (por ejemplo, los relacionados con el dato incuestionable de la descatalogación de algunos equipos o componentes) en modo o manera alguna altera la apreciación anterior ni puede traducirse en un perjuicio para su oferta, hasta el punto -menos aun- de ser rechazable de plano, puesto que en una buena medida no son sino manifestaciones que vienen a precisar imprecisiones u oscuridades que contiene el propio Pliego tanto respecto de la prestación principal a cargo del adjudicatario como respecto de extremos más concretos de la misma no pueden perjudicar a quien, como ella, no las ha causado*”.

Argumenta que en relación con la retirada de antenas asume su ejecución en los términos especificados si bien se limita a manifestar que de requerirse actuaciones especiales no contempladas en el Pliego se cotizarán aparte en coherencia con la previsión recogida en el PPTT “se consensuará con Metro la solución definitiva”, “lo cual es tanto como reconocer expresamente que la prestación (definitiva) que se pide al contratista no está debidamente cerrada en el Pliego”. Similar razonamiento realiza en relación con la retirada de los racks y la instalación en las dos cabinas extremas, ya que señala en la oferta que “el cableado va por el suelo y que en el caso de que no fuera posible que el nuevo cableado discurra por los mismos conductos que el viejo y que, como consecuencia hubiera que instalar nuevas conducciones -no incluidas en el proyecto ni en el PPTT- será necesario buscar otras soluciones, tampoco contempladas en el Pliego.”

En cuanto al precio, afirma que el ofertado es cierto y cerrado para las prestaciones que determina el Pliego, si bien aquellas prestaciones que sea necesario ejecutar causadas por imprecisión de los Pliegos, determinarán el correspondiente modificado. “Se ha presentado oferta ajustada al nivel de determinación del Pliego, sin perjuicio de las aclaraciones que incorpora derivadas de ese nivel de imprecisión del propio Pliego y en cualquier caso referidas a extremos prestacionales ajenos a los que en él se identifican, las cuales como es norma, podrán determinar en su caso el correspondiente modificado.”

Considera el Tribunal, a la vista de los términos empleados por la reclamante en los que aduce ciertas imprecisiones de los Pliegos, no puestas de manifiesto en su momento, que debe concluirse se está condicionando la oferta y advirtiendo que todas las prestaciones incluidas pueden no ser suficientes y requerir un modificado.

Las supuestas oscuridades o imprecisiones de los Pliegos no pueden justificar las reservas expresadas respecto del cumplimiento de la oferta y esta circunstancia constituye motivación suficiente para que el órgano de contratación entienda que la oferta debe ser excluida.

El órgano de contratación en su informe argumenta que la condición 7 del PCAP no dice “*inviabilidad técnica de la oferta*” sino “*inviabilidad de la oferta técnica*” y que no ha sometido la oferta a juicio de viabilidad técnica alguno porque su oferta técnica es inviable, desde el momento en que se aparta de los pliegos, por lo que se hizo lo correcto al determinar su exclusión estando obligados los licitadores a “*incluir su oferta técnica, adecuada a los requisitos que, en su caso, se especifiquen en el PPT.*”

Añade que la exclusión era ineludible al no ser este contrato susceptible de modificación ni admitir variantes, según lo dispuesto en el PCP en el apartado 30 y 24 del cuadro resumen. Por lo que “*la reserva expresa que realiza el reclamante en determinados apartados de su oferta técnica de actuaciones que considera posibles o, incluso, probables, sin que llegue a detallarlas, dejándolas expresamente fuera del alcance de su oferta, y, por tanto, pendientes de una facturación adicional a realizar en el periodo de ejecución del contrato, resulta contraria a las previsiones del pliego*”.

Explica que al margen de consideraciones de estricta legalidad, resulta imprescindible garantizar la continuidad de la prestación del servicio por lo cual no es admisible una oferta que plantea un proyecto pendiente de desarrollo, en el que se impone discutir con el contratista cuál es el alcance de su cometido o cuánto se le retribuye, como resulta en la oferta técnica presentada por el reclamante al manifestar taxativamente lo siguiente:

- Apartado 1.1.10.2, consideración 3: *actuaciones especiales que se cotizarían específicamente.*
- Apartado 1.1.10.2, consideración 2: *trabajos fuera del alcance del presente presupuesto que se cotizarían adicionalmente.*
- Apartado 1.1: *aceptada la propuesta, se validarán con METRO las nuevas especificaciones de hardware y de funcionalidades.*
- Apartado 0.2: *descatalogación del modelo COMET por parte de su fabricante MOTOROLA.*

- Apartado 3.2: *AMPER condiciona el suministro de repuesto “a que el mercado lo permita”.*

Insiste en que el PPT exigió a los licitadores *“información detallada del proyecto propuesto y de las características técnicas de equipos que forman parte del suministro no siendo posible reputar cumplido dicho requisito cuando la oferta técnica se refiere al sistema “COMET””*, que es el que AMPER describe pero no es lo que ofrece.

Se afirma por la reclamante que el proyecto propuesto y sus características están perfectamente detalladas: es el sistema COMET de 2^a generación (COMET II) que es una evolución de la versión anterior, y que no es cierto que esté descatalogado sino que lo que está descatalogado son *“las radios Tetra (Motorola MTM-300, MTM-700, MTM-800) y VHF (Motorola MCS-2000 y GM-340)”* integradas en ese sistema. Sostiene que en su oferta asume el compromiso de suministros de repuesto *“siempre que el mercado lo permita”*, lo cual sostiene que es obvio y no condiciona el compromiso principal, pues se refiere a la hipótesis de que dejen de fabricarse, en cuyo caso es metafísicamente imposible garantizar su repuesto durante un plazo de veinte años.

Señala que el proyecto “COMET II”, es lo que AMPER ofrece pero no es lo que describe, por ser un proyecto futuro que se propone desarrollar una vez que su propuesta sea aceptada, eximiéndose de tenerlo disponible en el momento de presentar la oferta, según se desprende del apartado 1.1.1, “Alcance del suministro”.

“En los siguientes apartados se incluye una descripción general del sistema COMET en su versión actual, así como una descripción funcional del mismo, siendo el nuevo sistema COMET II conceptual y funcionalmente similar al COMET. En caso de aceptación de la propuesta, se validarán con Metro las nuevas especificaciones del equipo tanto a nivel hardware como de funcionalidades”. Según esta proposición, se están diferenciando dos cosas.

Subsana el órgano de contratación el error observado y alegado por la reclamante en la comunicación de la exclusión al atribuir a AMPER, la afirmación de la descatalogación de COMET cuando en puridad se había referido a la de determinadas radios TETRA y VHF, sin embargo sostiene que el razonamiento de fondo debe mantenerse, *“pues si la oferta técnica no dijo eso en el párrafo cuarto, sí lo hizo en otros párrafos del mismo apartado 1”*.

Por último, añade que el apartado 3.2 de la oferta técnica condiciona el suministro de repuestos *“a que el mercado lo permita”* con lo que pretende dejar sin efecto el apartado 5 del PPT: *“Se deberá garantizar de forma expresa y por escrito en la presentación de la oferta, el compromiso de suministrar repuestos de todos los elementos del sistema durante la totalidad de su vida útil, que se estima en 20 años (...).”*

Como ha señalado el Tribunal en numerosas ocasiones, las proposiciones deben aceptar el contenido de los pliegos de forma incondicionada, sin salvedad o reserva alguna, por lo que toda oferta realizada en términos condicionales tiene que ser rechazada de plano, ya que de lo contrario el órgano de contratación se vería obligado a llevar a cabo una interpretación del significado de esos términos, lo que introduciría en el proceso de selección elementos de discrecionalidad y de inseguridad jurídica.

Igualmente conviene advertir que la función de este órgano consiste en examinar si las decisiones adoptadas en el curso del procedimiento de licitación son o no ajustadas a Derecho, con arreglo al principio de congruencia, a la vista de los términos en los que se ha planteado la impugnación de la exclusión.

Para garantizar el cumplimiento *“de todas las prestaciones del contrato”*, exige el PCP que la oferta técnica contenga la documentación especificada en el apartado 22 del cuadro resumen del PCP, cumpliendo además los requisitos del PPT cuya aceptación es incondicional sin salvedad alguna. De ahí que la oferta se deba formular en términos concretos y especificando las prestaciones y los suministros

que se hayan de entregar. Por lo tanto el hecho de contener dos productos en su oferta COMET y COMET II supone ya un incumplimiento que motiva igualmente la exclusión.

A mayor abundamiento debe señalarse que en la memoria se debían detallar todos los trabajos a acometer, por lo que AMPER pudo prever y valorar al elaborar su oferta una alternativa técnica viable para prestar el servicio requerido. Aun en el caso que el Pliego no contemplara todos y cada uno de los aspectos a considerar y el planteamiento fuera amplio, eso no le eximiría de elaborar una propuesta en todo caso viable y económicamente cerrada, debiendo concretar en la memoria las soluciones técnicas más adecuadas según su criterio y experiencia siempre que pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondiente prescripciones técnicas, pues en eso consiste y es lo que se pretende en las licitaciones mediante la concurrencia de ofertas. En caso de entender que no era posible la prestación del servicio en las condiciones exigidas en el PPT o, como parece indicar con sus alegaciones, los requerimientos técnicos adolecieran de imprecisión que lo hicieran inviable, le cabe la opción de ejercitar su derecho a la información, que cabe a todo licitador diligente interesado en realizar la oferta más ventajosa, pero en ningún caso cabe condicionar su oferta por tal motivo ni pretender indirectamente impugnar los pliegos una vez finalizado el plazo previsto legalmente.

En base a todo lo anterior, el Tribunal a la vista de los términos en que se ha realizado la oferta de la reclamante y el contenido del PPT, considera que la exclusión de la oferta presentada por la AMPER se halla debidamente justificada, en base a las salvedades y condicionantes que figuran en la misma y que ponen en duda su cumplimiento en los términos exigidos por el Pliego.

Por lo tanto la reclamación debe ser desestimada.

Sexto.- Resta por último pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multa realizada por la adjudicataria del contrato en fase de alegaciones.

El artículo 106.5 de la LCSE que “en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística”.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos o reclamaciones, carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

En la reclamación se plantean con una suficiente argumentación determinadas cuestiones que si bien no han tenido acogida por este Tribunal, pueden considerarse dentro del ámbito del derecho a la interposición de la reclamación como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva, por lo que no se dan los elementos y requisitos para considerar temeraria su interposición de acuerdo con los anteriores parámetros, y no procede la interposición de la multa establecida en el 106.5 de la LCSE.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP 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 interpuesta por don J.C.S., actuando en nombre y representación de AMPER SISTEMAS, S.A., contra la exclusión del procedimiento de licitación del “Servicio de renovación de la radiotelefonía embarcada, coches 2000B, 7000 Y 8000 1^a” expediente nº 6011600250, convocado por Metro de Madrid, S.A.

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 sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal en su reunión de 8 de marzo de 2017.

Cuarto.- 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 de la LCSE.