

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

En Madrid, a 4 de agosto de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por don J.C.L. y don C.A.F., en representación de SCHINDLER, S.A., contra la inadmisión de la oferta del contrato “Mantenimiento integral de 634 escaleras mecánicas y trabajos de sustitución integral de cadena de peldaños en escaleras mecánicas de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011700090, convocado por Metro de Madrid, S.A, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 y 10 de junio de 2017 se publicó, respectivamente en el perfil del contratante de Metro de Madrid y en el DOUE, y posteriormente el 13 de junio en BOCM, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en cuatro lotes, en función de la marca de los equipos, mediante licitación electrónica en la Aplicación SRM (Supplier Relationship Management) habilitada por el poder adjudicador, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 22.857.979,48 euros y su duración es cuatro años con posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.

De acuerdo con la condición 1.5, apartado 1 del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) *“Los contratos adjudicados por METRO tienen la consideración de contratos privados, de acuerdo con lo previsto en la Instrucción 5ª de las Instrucciones Internas de contratación de Metro y en el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).”*

Y en la condición 5 del PCP se establece que *“Las proposiciones se presentarán en la forma, plazo y lugar indicados en el anuncio de licitación, si procede, y en cualquier caso en el Perfil de Contratante de METRO http://www.metromadrid.es/es/acceso_proveedores/index.html, donde se ofrecerá la información relativa a la convocatoria de licitación de este Contrato.”*

Indicando seguidamente que *“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del contenido de este Pliego y del de Prescripciones Técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna.*

METRO dispone de una Aplicación informática para la gestión de las licitaciones denominada SRM (Supplier Relationship Management) a través de la cual se accede para la retirada de los pliegos y resto de documentación que componen la licitación y desde la que, posteriormente, se presentan las ofertas.

Para participar en una licitación es imprescindible que el interesado manifieste interés a través del formulario habilitado al efecto en el Perfil de contratante de la página web de METRO (metromadrid.es / perfil de contratante / Comunicaciones con el Servicio de Contratación / Manifestar interés en participar en licitación: Manifestar interés en participar en Licitación).

Una vez realizado este trámite, el interesado quedará incluido automáticamente en la Aplicación SRM, pudiendo acceder a la descarga de pliegos y posterior presentación de ofertas a través de las personas de contacto que designe mediante el siguiente enlace: Metromadrid.es / perfil de contratante / descarga pliegos/presentar oferta / Acceso SRM).

De las personas de contacto que la empresa dé de alta a través de la Opción 1-Solicitud de acceso, al menos una debe disponer de Certificado de firma digital de

clase II de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) o DNI electrónico, ya que sólo esa persona podrá acceder a la Aplicación SRM para descargar los pliegos o presentar oferta. Tanto el Certificado de firma digital como el DNI electrónico se validan y registran en la Opción 2-Registro de certificado, pudiendo acceder a SRM directamente a través de la Opción 3-Entrada a la Aplicación. Este proceso se exige con el fin de validar la identidad de la persona que accede a la Aplicación SRM.

Tan solo podrá accederse a la Aplicación SRM desde aquel ordenador que tenga instalado el Certificado de firma digital de la persona de contacto dada de alta o que tenga habilitado el acceso mediante DNI electrónico. (...)

Las ofertas se presentarán, en todos los casos, salvo fallos en la red de comunicaciones, en formato electrónico a través de esta Aplicación SRM, antes de la fecha y hora que se indican en el apartado 16 del Cuadro Resumen de este pliego.

Para el supuesto de que se produzcan fallos en la red de comunicaciones y estos sean probados, se dará acceso a los interesados a la aplicación informática facilitando número de usuario y password, en la sede de METRO, (Área de Contratación) sita en calle Cavanilles, 58, 3ª planta (28007-Madrid)."

Así mismo advierte "No se admitirán ofertas verbales, telefónicas, por fax, correo electrónico, etc. Solo se admitirán las ofertas que se hayan recibido de forma íntegra y completa en la fecha y hora establecida. Las solicitudes, ofertas, escritos, etc., presentados por los licitadores extemporáneamente, o en lugar distinto del indicado, no serán tenidas en cuenta, quedando excluidas del procedimiento".

A continuación recomienda "...introducir, con la antelación suficiente al vencimiento de la presentación de Ofertas en la Aplicación Informática SRM, tanto la documentación solicitada como el contenido de la Oferta, pues el tiempo necesario de transferencia de datos por las líneas públicas de comunicaciones, está directamente relacionado con el ancho de banda disponible y el rendimiento en la subida de datos.

A efectos meramente informativos, la Aplicación SRM mostrará en la parte superior derecha, durante el proceso de introducción de las ofertas, un reloj con la fecha y hora del sistema.

METRO S.A. no garantiza dar respuesta a cuestiones técnicas relacionadas con el uso de aplicación SRM si estas no son realizadas al menos con 24 horas de antelación al plazo de presentación de ofertas.”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres licitadoras, no pudiendo la recurrente presentar su oferta electrónicamente, por imposibilidad técnica, tal y como afirma en su reclamación.

El 27 de junio de 2017, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 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) efectuada el día 26 del mismo mes, se presentó reclamación, ante este Tribunal, lo que se comunicó al órgano de contratación a efectos de que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 de la LCSE, que fue remitido el día 2 de agosto de 2017.

En la reclamación se solicita que se deje sin efecto el acto presunto inadmitiendo su oferta y se retrotraiga el procedimiento al momento de presentación de las ofertas y se conceda a SCHINDLER, S.A. un plazo no inferior a tres días, para realizarlo. Así mismo solicita la suspensión del procedimiento hasta la resolución de la reclamación y en su caso, se tenga por interpuesto el recurso potestativo de reposición.

El órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE, advierte previamente que SCHINDLER, S.A. no ha depositado su oferta, ni en plazo ni fuera de él, de acuerdo con el procedimiento exigido en el PCP por causas, única y exclusivamente imputables a la licitadora, y concluye no se puede hablar de inadmisión o exclusión de la oferta. Solicita no se atienda la solicitud de retrotraer el procedimiento ni conceder un plazo adicional para la presentación de oferta por resultar dicha decisión inexcusable en aplicación de las

previsiones de los Pliegos, las circunstancias concurrentes y el respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad de los licitadores.

Tercero.- No se ha concedido trámite de audiencia a otros posibles interesados al no tenerse en cuenta otros hechos ni circunstancias distintas de las alegadas por la recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.

Segundo.- La reclamación se interpone contra lo que califica la reclamante como inadmisión de su oferta en un contrato de servicios que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de LCSE al ser su valor estimado superior a 418.000 euros, estando sujeto a regulación armonizada.

Conviene advertir que no consta en el expediente la adopción de dicho acto por el órgano competente ni por tanto su notificación, no obstante el plazo para presentación de las ofertas finalizó el 17 de julio de 2017 a las 12:00 resultando técnicamente imposible perfeccionarlo debido a fallos técnicos cuya imputación procede determinar al analizar el recurso.

La reclamante se da por notificada de forma adecuada el 17 de julio de 2017, a las 12:01, mediante el correo electrónico denegando su solicitud de ampliación de plazo para la presentación de su oferta en la Aplicación SRM de Metro basada en *“un error en el reconocimiento del certificado digital por parte de la plataforma de*

Metro que no ha sido posible subsanar”, cuya información le ha permitido interponer la reclamación en forma suficientemente fundada.

La denegación de la solicitud de ampliación de plazo implica de facto la inadmisión de la oferta de la reclamante, por lo que, es susceptible de reclamación de conformidad con lo dispuesto en el art 40.2. b) del TRLCSP, como acto de trámite que impide la continuación del procedimiento (en realidad en este caso la iniciación) para la recurrente.

Tercero.- La recurrente se encuentra 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 no poder presentar electrónicamente su oferta resultando inadmitida en la licitación, de manera que la eventual estimación del recurso la colocaría en la posición de concurrir en condiciones de igualdad, por lo que acredita un interés directo y legítimo para la defensa de sus derechos.

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

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, se presenta el día 27 de julio de 2017 tras darse la reclamante por notificada de la inadmisión el 17 de julio de 2017, por tanto dentro del plazo de 15 días previsto en el art 104.2 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.

Quinto.- Entrando al fondo de la cuestión debatida, afirma la reclamante que ha seguido puntualmente las indicaciones que detalla el PCP para la incorporación de la documentación de su oferta desde las 10:50 horas del día 17 de julio de 2017, a pesar de lo cual el proceso no se pudo perfeccionar porque se producía un error en el reconocimiento del certificado digital por parte de la plataforma de Metro que no

ha sido posible subsanar, lo que acredita mediante los correos electrónicos que acompaña.

Sostiene que la falta de presentación en plazo de la oferta de SCHINDLER, S.A. se debe a razones estrictamente tecnológicas no imputables a la misma. Considera que siendo una omisión formal la no aportación de la documentación, resulta subsanable conforme a art. 81.2 del RGCLAP y cita a su favor la STSJ Castilla La Mancha, de 13 de octubre de 2015, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos de 10 de julio de 2013 y el Acuerdo 14/2014 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón (RE 017/2014).

Alega que a tenor de lo dispuesto en el art 71.2 de la LCSE *“Los medios de comunicación elegidos deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de adjudicación.”*

Manifiesta que los certificados utilizados por las cinco personas que intentaron realizar el proceso en el plazo establecido son los mismos que Metro tiene registrados en su Aplicación y con los que ha accedido en anteriores ocasiones, entre otras para la descarga de los Pliegos de esta licitación, por lo que siempre dentro del plazo solicitó se permitiera otro medio distinto al e-mail.

No pudiendo, ni antes ni después de concluir el plazo, solventar el fallo que impedía la presentación de la documentación el 26 de julio de 2017, ha procedido a depositar copia de su oferta (enviada -con fallo de certificado vigente- dentro del plazo de presentación de ofertas) ante Notario, y advierte de la nulidad de la futura adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación aduce que tanto en el PCP como el anuncio se especifican detalladamente los requisitos para acceder a la aplicación, que solo se admitirán las ofertas que se hayan recibido de forma íntegra y completa en la fecha y hora establecida, así como la recomendación de introducir, con

antelación suficiente al vencimiento de la presentación de Ofertas en la Aplicación SRM, tanto la documentación solicitada como el contenido de la Oferta. Asimismo señala que METRO no garantiza dar respuesta a cuestiones técnicas relacionadas con el uso de Aplicación SRM si éstas no son realizadas al menos con 24 horas de antelación al plazo de presentación de ofertas.

Añade que pudiera ser que los accesos al aplicativo anteriores que alega la reclamante como prueba de la no imputabilidad de los fallos a su culpa o negligencia, pudieran ser en realidad accesos al perfil de Contratante de Metro o incluso al de la Comunidad de Madrid en donde se pusieron a disposición los Pliegos, ya que constata que entre el 1 y el 17 de julio no hubo ningún acceso por parte de cuatro de los cinco usuarios que dicen haber accedido.

Afirma que Metro ha respondido con máxima celeridad a fin de determinar el problema que impedía a la reclamante acceder a la aplicación para que comprobase que el certificado cargado en el sistema y que han registrado es el mismo con el que intentan acceder en esta licitación y que el único usuario de SCHINDLER con certificado digital que intentó acceder a la Aplicación SRM el día 17 de julio de 2017 fue don M.T.G. (E002509), a las 11:37 si bien lo intentó con un certificado que no figuraba registrado por la mencionada Aplicación, por lo que aun siendo un certificado de confianza emitido por la FNMT no es válido para autenticarse en el sistema SRM,

Señala que a las 13:26 horas del día 17 de julio de 2017, SCHINDLER solicitó una ampliación de plazo sobre la base de “un error en el reconocimiento del certificado digital por parte de la plataforma de Metro que no ha sido posible subsanar”, que fue denegado al no constar incidencia técnica alguna en la Aplicación SRM que hubiese impedido la presentación de ofertas a ninguna de las otras cuatro empresas que lo habían realizado, una de ellas en la misma franja horaria.

Opone Metro que no habiendo ningún acto de exclusión o inadmisión sino una

“no presentación de oferta”, no cabe calificar de defecto formal en la proposición susceptible de subsanación, y cita la Resolución nº 35/2016, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo de contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Por ultimo manifiesta que la reclamante no puede trasladar a Metro la responsabilidad de sus propios errores y de su falta de diligencia en beneficio propio y en perjuicio del resto de licitadores, máxime siendo una mercantil habituada a este tipo de procedimientos, por lo cual se consideró no procedente ofrecer opciones alternativas para presentar la supuesta oferta y denegar la ampliación de plazo de presentación de ofertas solicitada por SCHINDLER, la cual por otra parte no ha podido acreditar efectivamente tuviera preparada su oferta antes de la finalización de mencionado plazo.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y también los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Si bien es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), esto solo es posible siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación.

Comprueba el Tribunal el contenido y veracidad de los números, los e-mail

enviados/contestados entre Metro y Schindler para que a pesar de la perentoriedad del plazo pudieran presentar su ofertar y constata que figura un mensaje a las 11:48 horas del día 17 de julio en el que expresamente solicita “POR FAVOR DIGANME EN CASO DE NO PODER ACCEDER COMO LES PODEMOS REMITIR LA OFERTA” alternativa que según manifiesta Metro no consideró procedente conceder, a pesar que el PCP contempla la posibilidad de que *“Para el supuesto de que se produzcan fallos en la red de comunicaciones y estos sean probados, se dará acceso a los interesados a la aplicación informática facilitando número de usuario y password, en la sede de METRO, (Área de Contratación) sita en calle Cavanilles, 58, 3ª planta (28007-Madrid)”*.

Lo que en todo caso se puede asegurar es la imposibilidad manifiesta de dar una alternativa a la presentación de la oferta en los términos previsto en el PCAP, cuando restan apenas 2 minutos para la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Resultan también innegable la improcedencia de ampliar el plazo a un único licitador, por resultar contrario a los principios de transparencia, igualdad de trato que deben presidir la contratación pública, máxime teniendo en cuenta que se acredita en el expediente la presentación de otra oferta a las 13:48 del día 17 de julio, resultando por ello, no admitida.

Por otra parte ante la inexistencia de una oferta válida no se puede alegar el derecho de subsanación ya que no existe ninguna disposición que explícitamente lo ampare en estos casos, por contra la doctrina y jurisprudencia en la materia solo lo admiten la susbabilidad de las ofertas presentadas con ciertos límites. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto C-599 SAG ELV Slovensko, admite que excepcionalmente los datos contenidos en la oferta puedan corregirse o completarse de forma puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que se produzcan meras aclaraciones por los candidatos, sin solicitar ni aceptar modificación alguna de la

oferta. Continúa dicha Sentencia señalando que en el ejercicio de la facultad anteriormente expuesta debe tratarse a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de tal manera que al terminar el procedimiento pueda afirmarse que la petición de aclaraciones no benefició o perjudicó indebidamente a los candidatos que la recibieron.

Como decimos, el ejercicio de la solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no pueda suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos.

Este Tribunal no puede sino estar de acuerdo con el órgano de contratación en que en este caso, en el que no existe oferta ni se acredita su existencia, no cabe permitir su subsanación en el plazo de tres días como solicita en el recurrente. Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

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 3.2 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.L. y don C.A.F., en representación de SCHINDLER, S.A., contra la inadmisión de la oferta del contrato “Mantenimiento integral de 634 escaleras mecánicas y trabajos de sustitución integral de cadena de peldaños en escaleras mecánicas de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011700090, convocado por Metro de Madrid.

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 de la LCSE.

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 de la LCSE.