

Reclamación nº 209/2018

Resolución nº 248/2018

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2018.

VISTA la reclamación interpuesta por don I.A.M., en nombre y representación de Nex Continental Holdings, S.L.U. (en adelante Nex), contra el Acuerdo de Metro de Madrid, S.A. (en adelante Metro), de fecha 5 de junio de 2018, por el que se excluye a la citada empresa de la licitación de los lotes A, C y D del contrato de “Servicio de transporte en autobús del personal de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011800064, dividido en cuatro lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La empresa pública Metro de Madrid S.A. publicó el anuncio de licitación para la convocatoria pública de la mencionada contratación el 7 de abril de 2018 en el DOUE, y el 11 de abril en el BOE, BOCM y Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, poniendo a disposición de los interesados los pliegos de prescripciones técnicas y de condiciones particulares por los que se rige el contrato licitado mediante procedimiento abierto a criterio precio más bajo, con un plazo de ejecución de 4 años no prorrogable, y un valor estimado de 3.727.014,87 euros.

Segundo.- A la licitación de lotes A, C y D del contrato de servicio de transporte de personal, que se corresponde con las rutas de la zona Norte, Sur y Oeste respectivamente, se presentaron dos empresas, entre ellas la reclamante, siendo excluidas ambas del procedimiento de licitación en la fase de valoración técnica, por falta del contenido mínimo de las ofertas técnicas presentadas, de acuerdo a lo establecido en el apartado 21 del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) y apartado 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), publicándose en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 7 de junio de 2018.

Tercero.- El 25 de junio de 2018 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de reclamación en materia de contratación formulado por Nex, solicitando la revocación del acuerdo recurrido y de las actuaciones previas de valoración llevadas a cabo por parte del órgano de contratación, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de la oferta presentada por NEX, en especial en relación al currículum vitae (CV) del personal de conducción, dado que la oferta técnica presentada en la licitación incorpora el apartado 1.14 denominado personal para la prestación de los servicios, en el cual se presenta de forma detallada, la información exigida por los pliegos relativa a la identificación del personal responsable de la ejecución del contrato, delegado contratista, jefe de operaciones, jefe de tráfico y personal de conducción, así como el CV de cada uno de ellos. Asimismo pide la adopción de la medida cautelar de suspensión del proceso de licitación hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- El Tribunal dio traslado de la reclamación al órgano de contratación el 25 de junio, recibándose extracto del expediente y el correspondiente informe sobre la reclamación el 29 de junio de 2018. El informe de fecha 27 de junio realiza una exposición de los antecedentes, de los fundamentos de su decisión y se opone a la medida provisional de suspensión del procedimiento. El órgano de contratación aclara en su informe que la exclusión no viene motivada por el formato y contenido de los 11 perfiles profesionales que aparecen detallados en la oferta técnica presentada por NEX, sino por la falta de presentación de 2 CV adicionales a los 11 presentados, hasta alcanzar el total de 13 CV correspondientes al número de conductores ofertados por

NEX para la prestación del servicio, en los 3 lotes para los que constituyó garantía provisional.

Quinto.- El 4 de julio de 2018 este Tribunal acuerda no adoptar la medida cautelar de carácter provisional de suspender la tramitación del expediente de contratación por no considerarlo necesario, dado que los tres lotes a los que afectaría la medida cautelar no pueden adjudicarse al haberse excluido a las dos empresas que concurrían a los mismos. Metro en la fase de valoración técnica excluyó a tres de las cuatro empresas que licitaron al contrato, considerando apta solo a una empresa que exclusivamente concurría al lote B, que no es objeto de reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada, de conformidad con lo establecido en el 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 (en adelante LCSE), en relación con el artículo 46.1 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 adelante 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.

Segundo.- La reclamación se interpone contra la exclusión de la reclamante del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios que se rige por la LCSE, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, 10, 15 y 16 de la citada Ley por tratarse de un servicio previsto en el Anexo II A, de una empresa pública recogida como entidad contratante del sector de transportes en el apartado 7 de la disposición adicional segunda, que supera los umbrales establecidos al ser su valor estimado superior a 443.000 euros, estando sujeto a regulación armonizada.

Tercero.- La reclamación ha sido interpuesta por persona jurídica legitimada para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la LCSE, dado que *“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”*, puesto que la empresa ha concurrido como licitadora a la adjudicación del contrato siendo excluida del procedimiento.

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

Cuarto.- Respecto al plazo, la exclusión acordada por Metro se publicó en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 5 de junio de 2018, por lo que la reclamación interpuesta el 25 de junio se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- Con carácter previo al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, conviene en primer lugar analizar las condiciones de contratación que figuran en los Pliegos que conforman la ley del contrato vinculando a las partes contratantes.

La condición 7 del PCP establece que será excluida de la licitación aquella proposición que no incluya los documentos indicados como contenido mínimo en el apartado 21 del cuadro resumen, que a su vez indica que la oferta técnica deberá presentarse con el contenido mínimo establecido en el apartado 15 del PPT.

El apartado 15 del PPT regula la presentación de la documentación técnica disponiendo que los licitadores deberán presentar, dentro de la carpeta oferta técnica, una memoria que puede ser única para todos los lotes y que contenga, entre otros apartados, el personal para la prestación de los servicios. CV del Delegado del Contratista y del Jefe de Tráfico. CV de los conductores.

El apartado 20 del cuadro resumen del PCP detalla la siguiente adscripción de

medios materiales y/o humanos que deben cumplir los licitadores:

“a) Medios humanos: Deberán acreditar que disponen, entre el personal de su plantilla con funciones directivas, de al menos un trabajador que posea el título administrativo de competencia profesional para la actividad de transporte de viajeros (certificado de capacitación profesional para el ejercicio de la actividad de transporte de viajeros).

En el caso de que un licitador resulte adjudicatario de más de un lote, esta figura podrá ser la misma para todos los lotes.

Las titulaciones académicas y profesionales habrán de ser, necesariamente, españolas, o estar homologadas en el ámbito de la Unión Europea. Se incluirá Currículum de cada una de las personas asignadas del personal técnico y mandos intermedios en el que se indique la experiencia, titulaciones, etc., necesarios para la perfecta ejecución de las tareas encomendadas.

b) Medios materiales: Se establece como requisito mínimo para poder presentar ofertas a cualquiera de los Lotes, disponer de una flota de autobuses (7 en el caso de presentar oferta a un solo lote, 11 en el resto de casos), bien sea en propiedad, usufructo, arrendamiento, etc., adecuados para la prestación del servicio que se solicita, que cumplan con las especificaciones indicadas en el apartado de ‘Condiciones de los autobuses’ del Pliego de Prescripciones Técnicas.

De conformidad con lo previsto en la condición 6.1 del presente pliego, para acreditar el cumplimiento de estos requisitos el licitador deberá aportar la declaración responsable incluida como Anexo nº VI indicando que cumple las condiciones establecidas. Posteriormente, y sólo al licitador que haya presentado la mejor oferta se le requerirá la posesión y validez de los documentos exigidos.

La no presentación de la declaración indicada dará lugar a un plazo de subsanación de tres días hábiles a partir de la fecha de su solicitud. En caso de no recibirse la documentación requerida en el plazo señalado, la oferta será excluida del procedimiento”.

Asimismo, la condición 11 en su apartado 1.3 que regula la acreditación de los requisitos de capacidad de obrar, personalidad jurídica y solvencia, establece que una vez determinada la mejor oferta, Metro requerirá al licitador que la ha presentado para

que, en un plazo máximo de 7 días hábiles remita por correo electrónico la siguiente documentación acreditativa de la personalidad jurídica, la capacidad de obrar, la representación, y las condiciones de solvencia. Respecto de la solvencia detalla que el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas que se exijan en los apartados 18, 19 y 20 del Cuadro Resumen, y que la no presentación de la documentación completa en el plazo de 7 días hábiles dará lugar a un plazo de subsanación de 3 días hábiles a partir de la fecha de su solicitud.

De las condiciones de contratación examinadas parece desprenderse cierta inconsistencia, cuya disyuntiva hermenéutica se ha de resolver atendiendo en primer lugar a una interpretación de los citados apartados en el sentido más favorable a la concurrencia en la licitación, y en segundo lugar dando primacía en la regulación del desarrollo del procedimiento de contratación a lo que establece el pliego de condiciones sobre el de prescripciones técnicas.

Por otra parte, aun cuando el régimen jurídico aplicable al contrato viene constituido por la LCSE, a estos efectos conviene recordar que el órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en relación a la solvencia o requerirle para la presentación de otros complementarios, como expresamente prevé el artículo 95 de la LCSP al regular la documentación e información complementaria.

Debe añadirse, a mayor abundamiento que tratándose de una adscripción de medios, en todo caso sería susceptible de subsanación la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario, por lo que tampoco cabría la exclusión sin conceder ese plazo de subsanación. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en distintas resoluciones, entre ellas la Resolución 39/2014, de 5 de marzo.

En igual sentido, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) señala que cuando una oferta requiera aclaraciones

suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

De lo expuesto se desprende claramente que con carácter previo a la exclusión el órgano de contratación debería haber concedido al licitador plazo de aclaración o subsanación a la documentación presentada en relación al número de conductores ofertados por NEX en su oferta con los que el licitador pretende prestar el servicio objeto de licitación y los CV aportados.

Sexto.- Por otra parte, si, como indica el órgano de contratación en su informe, la exclusión no deriva de la no aportación de CV sino de la falta de los CV de dos conductores, parece claro que, sin perjuicio de lo expuesto en el fundamento quinto, el incumplimiento podría afectar a uno de los lotes pero no a los tres ofertados, en aplicación del principio de proporcionalidad.

En este sentido el artículo 19 de la LCSE expresamente recoge la proporcionalidad entre los principios de la contratación al determinar que *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*, en similares términos a los previstos en el artículo 36.1 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

De todo lo expuesto este Tribunal concluye que se ha de estimar la reclamación presentada retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración técnica, para que la entidad contratante conceda a la licitadora un plazo razonable para que aclare su oferta y a la vista de la explicación dada pueda valorar si, efectivamente, procede su admisión o no, y respecto de que lotes.

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.- Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por don I.A.M., en nombre y representación de Nex Continental Holdings, S.L.U., contra el Acuerdo de Metro de Madrid, S.A. de fecha 5 de junio de 2018, por el que se excluye a la citada empresa de la licitación de los lotes A, C y D del contrato de “Servicio de transporte en autobús del personal de Metro de Madrid”, número de expediente: 6011800064, debiendo retrotraer las actuaciones al momento de valoración técnica de las ofertas.

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.