

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por don N.F.R., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., contra la adjudicación del lote 4 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, 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, mediante licitación electrónica 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.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo de la reclamación que el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) que rige la licitación en su apartado 22, establece los siguientes criterios de valoración técnica:

1. *“Medios Humanos 25 puntos.*

Se valorará el número de técnicos destinados a la prestación del servicio de mantenimiento integral (servicio equivalente de técnicos de mantenimiento), nivel de cualificación y experiencia acreditada en el mantenimiento de los equipos ofertados a partir de los mínimos requeridos en el apartado 20 del Pliego de Condiciones Particulares.

1.1 El equivalente al servicio de técnicos de mantenimiento 10 puntos.

1.2 Experiencia acreditada de los técnicos destinados al contrato..... 8 puntos.

1.3 Formación técnica de los técnicos adscritos al servicio..... 7 puntos.

2. *Medios materiales y organizativos 20 puntos.*

3. *Documentación descriptiva 10 puntos.*

4. *Mejoras adicionales 5 puntos”.*

Tercero.- A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, una de ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, el órgano de asistencia de Metro, realizó el informe de valoración de las ofertas presentadas al lote 4, resultando que la empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.L.U., (Thyssen) obtiene 43 puntos y Zardoya Otis, S.A., (Zardoya), obtiene 60 puntos. Al haber igualado o superado los 40 puntos previstos en el Pliego, se las considera aptas y se pasa a la apertura de la oferta económica, comprobándose que la oferta de Thyssen es inferior a la de Zardoya por lo que se propone como adjudicataria del lote 4 del contrato.

La resolución de adjudicación junto con el informe de valoración realizado se notifica a los interesados con fecha 6 de noviembre de 2017, por correo electrónico.

Cuarto.- Con fecha 24 de noviembre de 2017, la representación de Zardoya, previa la presentación del correspondiente anuncio, interpuso ante el Tribunal escrito de reclamación, contra la adjudicación del contrato a favor de Thyssen.

La reclamante solicita la anulación de la adjudicación por considerar insuficiente la justificación del Acuerdo de adjudicación y además por la concurrencia de error en la apreciación de la oferta presentada por la adjudicataria, en relación con la valoración de los medios humanos, experiencia acreditada y formación de los técnicos destinados al contrato.

El mismo día se requirió al órgano de contratación copia del expediente administrativo y el informe preceptivo 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) lo que cumplimentó el 29 de noviembre de 2017.

Opone Metro de Madrid, en síntesis, que la reclamante ha tenido acceso al informe de valoración técnica en el que constan todas las puntuaciones y que no ha hecho uso de su derecho a solicitar al órgano de contratación el acceso al contenido del expediente. Respecto a la valoración de la oferta alega que se ha realizado comprobando todos los extremos de la documentación presentada por lo que la reclamación debe desestimarse.

Quinto.- Con fecha 1 de diciembre 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, Thyssen, de las que se dará cuenta la analizar el fondo de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.5 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 reclamación.

Segundo.- La reclamación, se interpone contra la adjudicación de 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 y relacionado con la actividad de transporte de una empresa incluida en la Disposición Adicional 2ª 7 como entidad contratante.

Tercero.- De acuerdo con 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”*. La reclamante ha quedado clasificada en segundo lugar en el procedimiento por lo que la estimación de la reclamación la colocaría en posición de ser adjudicataria del lote, de manera que ostenta legitimación activa para interponer la reclamación.

Igualmente se reconoce la capacidad con que actúa el firmante de la misma.

Cuarto.- Respecto al plazo, el acto de adjudicación ha sido notificado con fecha 6 de noviembre de 2017, por lo que la reclamación interpuesta el 24 de noviembre se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, en primer lugar se alega que *“el órgano de contratación no ha facilitado a ZARDOYA OTIS, S.A. la justificación documental de la puntuación atribuida a la oferta de la adjudicataria en materia de “medios humanos”. Y no lo ha hecho pese a no constar en el procedimiento la existencia de una declaración de confidencialidad formulada por Thyssenkrupp Elevadores, S.L., ni haber justificado la concurrencia de ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de aplicación también a los comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre. La insuficiencia de la justificación del acuerdo de adjudicación hecha por la entidad adjudicadora impide a ZARDOYA OTIS, S.A. hacerse un juicio íntegro y cabal de los criterios tomados en cuenta por el órgano de contratación, verificar su corrección y comprobar la veracidad y certeza de lo aducido por la entidad adjudicataria. Estas circunstancias menoscaban de manera relevante el derecho de acción que le*

reconoce el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Y, al hacerlo, determina por sí sola la invalidez del acuerdo de adjudicación por insuficiencia de motivación en los términos previstos en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. Por consiguiente, procede anular el acuerdo de adjudicación”.

El órgano de contratación en su informe señala que “el órgano de asistencia de la licitación que nos ocupa ha cumplido las normas de publicidad e información exigibles en la tramitación de la misma, toda vez que, en lo que respecta a la publicidad e información relacionada con la adjudicación del mismo, ha publicado tanto en (i) el “Perfil del contratante” de METRO (accesible a través de la web de METRO), así como en (ii) el “Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid”, el documento integrante del expediente de contratación denominado: “Propuesta de Adjudicación” -en el que aparecen reflejada la valoración otorgada por el órgano de contratación a las ofertas presentadas por los licitadores- (...). Al contenido de dicho informe de valoración técnica -que como hemos indicado, forma parte integrante del expediente de contratación de la licitación que nos ocupa-, ha podido acceder cualquier otro licitador que así lo haya solicitado al órgano de contratación, puesto que se encuentra a disposición de los mismos, por parte de tal órgano. En el supuesto que nos ocupa, ZARDOYA OTIS no ha hecho uso de su derecho a solicitar al órgano de contratación el acceso al contenido de expediente de contratación, sino que pretende transformar dicha falta de actuación, imputable únicamente a dicha Sociedad, en un incumplimiento del deber de información por parte del órgano de contratación -que insistimos, siempre ha tenido, a disposición del reclamante, la documentación integrante del expediente de contratación, y a la que ZARDOYA OTIS hubiera podido tener acceso, en caso de haberlo solicitado (con exclusión de la documentación que no hubiese sido calificada como confidencial)-. En el sentido de que el órgano de contratación tiene la obligación (no la facultad), de exhibir el expediente de contratación completo y sin restricción alguna, al licitador que lo solicite, se ha venido pronunciando ampliamente la doctrina, tal y como pasamos a exponer, lo que conlleva a entender, como expresamente recoge, entre otras, la resolución 349/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

que “(...) el incumplimiento por el interesado de la carga de requerir expresamente y por escrito mayor información genera que deba pechar con las consecuencias de dicho incumplimiento (...)”.

Igualmente Thyssen en trámite de alegaciones, manifiesta sobre esta cuestión que “no se puede hablar de que se le haya impedido a Otis el acceso al contenido del expediente puesto que sencillamente no ha solicitado tomar vista del mismo, por lo que difícilmente estimarse que exista infracción alguna. Hecho éste omitido de forma absolutamente torticera en sus razonamientos. En efecto, como corrobora el Informe de valoración de Metro, “OTIS no ha hecho uso de su derecho a solicitar al órgano de contratación el acceso al contenido de expediente de contratación”, siendo prueba igualmente de ello la falta de aportación, junto a su reclamación, de justificación documental de haber solicitado vista del expediente a Metro. Por lo tanto, no habiéndose solicitado la documentación presentada por la adjudicataria, difícilmente pueda afirmarse que Otis se le haya impedido tener acceso a los argumentos técnicos necesarios para fundar su reclamación y, por tanto, la concurrencia de infracción del artículo 140.1 y 153 del TRLCSP”.

El Tribunal constata que, efectivamente, a pesar de las afirmaciones de la reclamante, no consta que haya solicitado acceso al expediente y que ese acceso se le haya denegado, en cuyo caso podría haberlo solicitado de nuevo argumentando la imposibilidad de fundamentar en la reclamación en debida forma, al amparo de lo establecido en el artículo 84 de la LCSE y del 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC).

Como ha señalado este Tribunal en la Resolución 351/2017, de 22 de noviembre, “en el artículo 29 del RPERMC, al regular la instrucción del procedimiento de recurso, contempla la puesta de manifiesto del expediente y alegaciones y dispone que “3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la

hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”. La previsión reglamentaria pretende que la falta de motivación en los actos notificados o la falta de información no impidan a los interesados el ejercicio del derecho a recurso contra las decisiones en materia contractual. Por ello se regula el derecho de acceso en una fase previa a la interposición y como garantía de tal derecho. Tal como se regula en el artículo 16 citado, ello no obsta para que, en el caso de ser denegada la vista del expediente, el recurso se interponga dentro de plazo y se invoque como motivo de recurso, para su ejercicio ante el Tribunal, en caso de que este no aprecie la concurrencia de los supuestos que fueron motivo de la denegación o no se hubiera contestado en plazo. El presupuesto para el ejercicio ante el Tribunal es la previa solicitud al órgano de contratación con efectos adversos para el interesado. Si no se da el presupuesto, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, el expediente ya no se pone de manifiesto a los interesados, no es un trámite previsto para la resolución del recurso”.

En el caso que nos ocupa como ya se ha indicado, no consta ninguna solicitud de información a la entidad contratante en base al artículo 84 de la LCSE ni de vista del expediente realizada por la reclamante con la formulación de su reclamación. Por lo que no cabe admitir que haya existido indefensión ni la supuesta falta de justificación de la valoración en la que se basa la adjudicación, puede justificar la petición de nulidad de la misma, por lo que el motivo de reclamación debe ser desestimado.

Sexto.- El siguiente motivo alega error en la valoración de la oferta de Thyssen en cuanto a la experiencia y formación de los técnicos incluidos en la oferta ya que se aduce que *“difícilmente la adjudicataria puede contar con personal con experiencia*

en el mantenimiento de la marca y modelo de escaleras que constituye el objeto del contrato. Y ello porque no consta que Thyssenkrupp haya mantenido durante más de 7 años en España escaleras de esa índole y modelo. Por consiguiente, es inverosímil que su personal cuente con la experiencia, exigida en los pliegos para obtener la máxima puntuación, que le ha sido reconocida cuando no se cuida de escaleras como las licitadas”.

Igualmente se argumenta que “Resulta igualmente insólito que la adjudicataria haya formado personal durante más de un ejercicio con el fin de instruirlos en el mantenimiento de un producto que, ni está en su cartera de prestación de servicios, ni en su fabricación. En consecuencia, también debe concluirse que el órgano de contratación, en relación con este extremo, bien ha cometido un error en la apreciación de la documentación, bien la documentación presentada es inexacta”.

El órgano de contratación en su informe manifiesta que “en lo que respecta a la asignación de la puntuación al apartado de la oferta técnica de THYSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. correspondiente a la “Formación técnica de los técnicos adscritos al servicio”, se ha tenido en consideración el contenido de la oferta reflejado en las páginas 134 a 151 de la misma (en las que se acredita que la totalidad de los técnicos que se adscribirán al contrato han recibido formación específica de la marca OTIS en el año 2017). Ha de tenerse en cuenta, además, que el razonamiento esgrimido por la reclamante supondría, en la práctica, una limitación de la competencia en la actividad de mantenimiento de escaleras mecánicas, puesto que solo los fabricantes de cada modelo podrían contar con personal formado para efectuar el mantenimiento de sus productos, olvidándose con ello las recomendaciones del Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de septiembre de 2011, relativo al funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España en el que claramente se alude al principio de libertad de establecimiento para todas las actividades industriales. Y en este sentido, hemos de aprovechar la ocasión para destacar -respecto a la Formación específica en escaleras mecánicas de la marca OTIS ZARDOYA-, que las empresas mantenedoras de escaleras mecánicas, y particularmente aquellas que cómo

THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. ofertan el mantenimiento multimarca de escaleras mecánicas, cuentan en sus empresas de Centros de Formación en tecnologías propias o de terceros (tal y como consta las páginas 183 a 189 de la oferta técnica presentada por THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. y en la propia oferta técnica de la reclamante, que especifica en el Plan de Formación Técnica incluido en la misma, la capacidad de su Departamento de Formación de impartir “conocimientos específicos en las nuevas tecnologías de aparatos elevadores, marca OTIS y otras marcas)”

En este mismo sentido se pronuncia Thyssen en su escrito de alegaciones, remitiéndose a su oferta técnica para acreditar la experiencia y formación valoradas.

Comprueba el Tribunal que la oferta de Thyssen ha incluido dos apartados relativos a la acreditación de la experiencia y la formación técnica del personal adscrito al servicio, en los que constan los certificados de experiencia exigidos en el PCP y los Cvs, así como una declaración responsable sobre la formación técnica recibida por dicho personal.

Como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal con ocasión del recurso 372/2017, la afirmación de que es imposible que técnicos, de Kone en aquel caso y de Thyssen en este, tengan este tipo de experiencia, debe ser acreditada y tampoco lo ha sido en esta reclamación ni tampoco que la formación en mantenimiento solo pueda impartirla Zardoya y no se pueda adquirir por otro medio, tratándose como ya dijimos de una actividad, mantenimiento de escaleras mecánicas, que pueden prestar una pluralidad de empresas y de ahí que la licitación sea mediante procedimiento abierto.

Por lo tanto, a falta de evidencia de contrario y habiéndose cumplido los requisitos del Pliego, el motivo de la reclamación debe ser también desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.5 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 N.F.R., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., contra la adjudicación del lote 4 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.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del lote 4, mantenida por el Tribunal con fecha 29 de noviembre 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.