

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

En Madrid, a 1 de septiembre de 2022

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de Bridgestone Europe NV S.A., (en adelante Bridgestone) contra el acuerdo de la Empresa Municipal de Transporte del Ayuntamiento de Madrid (en adelante EMT) de fecha 28 de julio de 2022, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de “suministro de neumáticos de autobús”, número de expediente 22/036/2, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el día 4 de mayo en el DOUE y 26 de mayo de 2022 en el perfil de contratante de la EMT, alojado en la PCSP, se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterio de valoración y dividido en 2 lotes.

El valor estimado del contrato es de 3.316.704,00 euros y el plazo de duración de veinticuatro meses.

A la presente licitación se presentaron cuatro propuestas, entre ellas la del recurrente

Segundo. Antecedentes

Con fecha 24 de junio de 2022, se procede a la apertura del sobre de documentación administrativa y a su calificación; del resultado de la misma todas las empresas licitadoras fueron admitidas según consta en el acta del Letrado actuante.

Con fecha 29 de junio de 2022, se procede a la apertura de la documentación técnica, que, para este procedimiento, consistía en la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigidos en el pliego de condiciones técnicas. En este sobre se incluirán los datos técnicos concernientes a su oferta, redactados conforme al modelo fijado en el **Anexo XI** “*modelo para la presentación de datos técnicos*”, así como la documentación técnica requerida en el apartado 2 del pliego de condiciones técnicas (Anexo X), no aceptándose aquéllos que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente el contenido de la oferta.

La mesa de contratación en su sesión de 29 de junio de 2022, dio traslado de la documentación técnica obrante al sobre 2, al departamento promotor para su análisis y valoración.

A la vista de la documentación técnica presentada y a través de la plataforma electrónica VORTAL, se remitió mensaje a todos los licitadores con la finalidad de que subsanaran la omisión de algunos de los documentos que, con carácter preceptivo, debían haber incorporado en el sobre 2 o aclararan algún aspecto de la documentación técnica.

En concreto y, respecto del recurrente, se remitió mensaje el 8 de julio de 2022 a las 13:19 horas con el siguiente contenido:

“En relación a su oferta a nuestro procedimiento 22/036/2 de adquisición de neumáticos, es preciso que antes de las 14:00 a.m. del 13/jul/2022 nos hagan llegar por mail a través de Vortal la siguiente información documentación:

(...) Elemento 3 215/75 R16C (Duravis All Seasons)

- Copia de la Homologación del tipo de neumático según Reglamento CE nº 54.*
- Copia de la Homologación del tipo de neumático según Reglamento CE nº 117.*
- Copia de la etiqueta trazable al modelo y medida ofertados con la clasificación del neumático según la Directiva 92/23/CEE modificada por la Directiva 2011/43/CE.*
- Dibujo de la huella (en la documentación de certificación ECE)*
- Circunferencia de rodadura”.*

Que el recurrente, atendiendo el requerimiento de subsanación efectuado por EMT, remitió el 13 de julio de 2022 a las 12:38 horas, 22 documentos que afectaban a los elementos 1, 2, 4, 6 y 7.

A las 13:43 horas del día 13 de julio de 2022, el recurrente remite el certificado de especificaciones del producto y el certificado de gestión de garantías.

El 14 de julio de 2022 a las 09:16 horas, EMT envía al recurrente el siguiente mensaje:

“En relación a su mail del 13/jul/2022 contestando la petición de información del 12/jul/2022 referente al procedimiento 22/036/2, falta la información pedida del elemento 3:

** Elemento 3 215/75 R16C (Duravis All Seasons)*

- Copia de la Homologación del tipo de neumático según Reglamento CE nº 54.*
- Copia de la Homologación del tipo de neumático según Reglamento CE nº 117.*

- *Copia de la etiqueta trazable al modelo y medida ofertados con la clasificación del neumático según la Directiva 92/23/CEE modificada por la Directiva 2011/43/CE. ----- Dibujo de la huella (en la documentación de certificación ECE)*
- *Circunferencia de rodadura”.*

El 15 de julio de 2022 a las 09:27 horas, el recurrente remite parte de la documentación del elemento 3 (2 archivos adjuntos) con el siguiente mensaje:

“Buenos días

Les adjunto la información solicitada.

Rogamos un extra plazo extra para poder trasladar la certificación pendiente, está en trámite”.

El mismo día 15 de julio de 2022 a las 10:53 horas, el recurrente remite la documentación requerida por EMT en relación con el elemento 5.

El 15 de julio de 2022 a las 09:50 horas, EMT responde a la petición de la ampliación de plazo solicitada por el recurrente en los siguientes términos:

“Buenos días,

Lamento informarles que tenemos que sacar el concurso y no podemos dar más plazos extraordinarios”.

El 18 de julio de 2022 a las 13:20 horas, el recurrente remite la documentación que faltaba del elemento 3 con el siguiente mensaje:

“Buenos días, Disculpad os remitimos esta información que pudiera estar pendiente de envío”.

Que con fecha 27 de julio de 2022, se reúne la mesa de contratación para dar lectura y aprobación del informe técnico de 18 de julio de 2022, emitido por la dirección promotora del contrato, del que resulta que todas las ofertas son admitidas técnicamente excepto la del recurrente, acordando elevar propuesta de exclusión al órgano de contratación de EMT.

Que con fecha 28 de julio de 2022 (firma electrónica), el órgano de contratación de EMT resuelve excluir al recurrente “*por no cumplir, el elemento nº 3 de ambos lotes de su oferta, lo requerido en el pliego de condiciones técnicas*”.

La notificación de exclusión se produce el 29 de julio de 2022 mediante notificación individualizada y publicación en el perfil de contratante.

Tercero.- El 10 de agosto de 2022 la representación legal Bridgestone presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra la exclusión de su oferta por no cumplir con los requisitos técnicos exigidos en el pliego de condiciones.

El 19 de agosto 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 18 de agosto de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeta al 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 (RDLCSE). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes

del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

La Empresa Municipal de Transportes del Ayuntamiento de Madrid (EMT) es una empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de EMT tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en el RDLCSE y la LCSP, siendo susceptibles de reclamación y/o recurso especial en materia de contratación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 28 de julio, notificado al día siguiente e interpuesta la reclamación el 10 de agosto de 2022 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLCSE.

Cuarto.- La reclamación se interpuso contra el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de la oferta en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 428.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurrente considera que su exclusión ha sido adoptada aplicando un excesivo rigor formalista y contra lo establecido en el pliego de condiciones así como desconociendo el proceso de certificación del suministro objeto del contrato.

Hay que señalar que toda la controversia se centra en el neumático número de orden 3, por lo que esta resolución hará mención solamente a dicho suministro.

Manifiesta Bridgestone como motivación de su recurso las siguientes alegaciones.

Primera: error en la decisión de excluir a Bridgestone.

Expone el recurrente que la exclusión de su oferta se debe a no haber aportado los certificados 54R y 117R con aprobación del neumático modelo Duravis Alt season 215/75R16C.

Manifiesta que el requerimiento emitido por la EMT es el siguiente: "*Para este elemento 215/75 R16C: Duravis All Season, **no se facilita el certificado R54.***

- *En el documento 2.14B E4-0210155 S2WR2 DURAVIS ALL SEASON_signed.pdf, se encuentra el certificado E4*117R0210*10155*00 del elemento 3 en el que **no figura trazabilidad a la aprobación de la medida***

ofertada. A continuación del mismo se incluye el listado de Brisa 20-T-073, que tiene sello de RDW y en el que para esta medida en el campo Approval Number figura “Not Approved Yet” para la medida de este neumático, así como para el resto.

- Se piden los certificados 54R y 117R con aprobación del neumático DURAVIS ALL SEASON 215/75R16C 116/114R los días 08/jul/2022 y 14/jul/2022, no presentándose dichos documentos. El día 15/jul/2022 indican que la certificación está pendiente y piden una ampliación de plazo abierta, que se les niega por ser la tercera que se les daría y por estar abierta (no concretan un plazo concreto)”.

Segunda: Aclara a este Tribunal los certificados requeridos así como la información que recogen y que a su vez figura en las etiquetas normalizadas y preceptivas que acompañan a todos los neumáticos. Tratándose de datos técnicos se dan aquí por reproducidos.

Tercera: La homologación 117R se trata de una petición incorrecta y sorpresiva ajena a los documentos exigidos en el pliego de condiciones técnicas.

Manifiesta que este documento no se encontraba entre los relacionados en el pliego de condiciones. No obstante, Bridgestone aportó esta certificación a los efectos de cumplir con los requisitos, estos sí exigidos en pliegos en forma de declaración, sobre clase de eficiencia en términos de consumo de carburante, la clase de adherencia en superficie mojada y clase y valor medio del ruido de doradura exterior.

Ante esta aportación documental la EMT considera que en ella no figura la trazabilidad de la medida de neumático ofertada, indicando la recurrente que este certificado no se expide individualmente por modelo de rueda sino por modelo de neumáticos, esto es la serie Duravis All Season que es la propuesta efectuada.

Aclara que dicho certificado 117R incluye la frase “*not approved yet*” (no aprobado aún), al tratarse de un certificado antiguo que queda validado con el certificado 54R.

Cuarta: La homologación 54R es paso previo e imprescindible para la comercialización del producto en Europa.

Reconoce que en la documentación aportada se adjuntó el certificado 117R y no el certificado 54R en la creencia de que el primero de ellos reflejaba el estado actualizado del segundo.

Aclara al Tribunal que el modelo ofertado se encuentra comercializado en el mercado español desde septiembre de 2020, momento en el que ya contaba con la certificación 54R, no obstante, esta documentación se encontraba pendiente de envío desde la sede de la marca en Japón que es donde se fabrica esta serie de neumáticos, sucursal que a su vez había encargado la homologación a una entidad holandesa RDW. Esta es la razón de porque los plazos concedidos para completar la documentación fueron totalmente insuficientes.

Quinta: Bridgestone presentó en plazo documentación que acreditaba el cumplimiento del 54R.

La recurrente informa que ante la ausencia de la certificación 54R presentó el 15 de julio de 2022 como documento acreditativo la etiqueta emitida conforme al Reglamento (UE) 2020/40. La consecución de esta etiqueta es de obligado cumplimiento para obtener el certificado 54R, pues en ella se contienen los datos que darán lugar a dicha certificación.

Sexta: Bridgestone declaró expresamente en su oferta cumplir con el reglamento 54.

Alega el recurrente: “***cumplen con los requisitos de homologación para circular en el mercado europeo (Reglamento 30, Reglamento 54, Directiva 92/23,***

Directiva 2001/43, Reglamento CE1222/2009 actualizado por el reglamento CE2020/740), y cumplen con las normas, del Manual de Estándares de la Asociación Europea de Fabricantes y Llantas (E.T.R.T.O.). Asimismo, están homologados por los principales fabricantes de camiones y autobuses”.

Lo anterior denota una cuestión de vital importancia, como es que la EMT, con la documentación que le fue aportada en los plazos que ella misma concedió, tenía ya toda la información necesaria para comprobar que los neumáticos se encontraban debidamente homologados tanto conforme al Reglamento 117, como conforme al Reglamento 54.

Es cierto que la mera copia formal de la homologación según el Reglamento 54 fue acompañada de forma extemporánea, pero ya era evidente que los neumáticos cumplían con ambos reglamentos por los datos obrantes en el resto de documentación de la oferta, todos ellos eran más que suficientes para comprobar que esa homologación existía”.

Séptimo: Rechazo de la doctrina formalista.

El recurrente alega e invoca para ello el rechazo de nuestra jurisprudencia y Resoluciones de distintos Tribunales a la doctrina formalista que excluye ofertas de la licitación por incurrir estas en errores sin importancia o fácilmente subsanables, considerando que su exclusión no ha sido tratada bajo este principio antiformalista.

Octavo: La decisión de la EMT de no solicitar muestras ha perjudicado a Bridgestone.

Considera que si el órgano de contratación en base a la posibilidad recogida en los pliegos de condiciones, hubiera solicitado muestras, hubiera podido comprobar cómo se encuentra marcado la homologación de cada neumático.

Incluye una fotografía del neumático donde se aprecia la siguiente marca:
E4 (redondeado en un círculo) 0210155 S2WR2 /0044018.

Aclara que al lado de la marca E4, aparecen los dígitos 004018m que corresponden con el número de homologación 54R asignado a este tamaño.

Noveno: La administración debió atender a las peticiones de ampliación del plazo de subsanación efectuados por Bridgestone.

Considera que la contestación dada por la EMT a la ampliación del plazo, como una tercera subsanación se aleja de la solicitud por ellos efectuada que era de ampliación del plazo ya dado, no de iniciar uno nuevo.

Décimo: Los plazos conferidos por la Administración fueron incorrectos e inválidos.

Manifiesta que nunca se dio un verdadero plazo para subsanar pues en lugar de establecer el número de días, la EMT estableció el límite en un día y hora determinados. Resultando contraria esta actuación a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El órgano de contratación por su parte en su escrito de contestación al recurso interpuesto analiza cada una de las alegaciones del recurrente y así manifiesta:

“Sin perjuicio de las alegaciones que se realizarán seguidamente y por las que esta parte se opone a las pretensiones aducidas de contrario, cabe señalar que el recurrente reconoce expresamente que el certificado R54 del elemento 3, por el que ha sido excluido, se ha presentado fuera del plazo de subsanación concedido por EMT y que la supuesta lesión al principio de igualdad de trato se produce, precisamente, cuando exige para sí, en detrimento del resto de licitadores, un trato preferente mediante la solicitud de una ampliación sine die del plazo para atender dicho requerimiento de subsanación.”

“1.- Falta de presentación del certificado de homologación R54 del elemento 3 por no disponer del mismo por causas ajenas al recurrente; o no ser necesaria su presentación por ser de dominio público.

En relación con este primer motivo, conviene precisar la dificultad dimanante de su propia determinación, pues para su argumentación, el recurrente incurre en varias contradicciones que impiden determinar con precisión la propia naturaleza del motivo de la reclamación y, por tanto, los aspectos objeto de debate.

En la página 4 del escrito, se dice que el certificado solicitado por la EMT (R54) es de dominio público: “pues cualquier neumático que esté en venta en el mercado europeo, debe necesariamente contar con dichas homologaciones”.

Sin embargo, en la página 13 del mismo documento se dice, expresamente: “No se puede perder de vista que la no aportación de este documento se debía sencillamente a que Bridgestone no disponía del mismo en ese momento por estar pendiente su envío por parte del centro técnico, y así lo manifestó debidamente a través del escrito que acompañamos como documento número 6.”

O, también, en la página 6 del escrito, donde puede leerse:

“La certificación correcta del elemento nº3 se encontraba pendiente de envío por la empresa del grupo Bridgestone en Japón, que es la fabricante de este modelo concreto que, a su vez había encargado la homologación a una entidad holandesa, RDW.”

Todas estas declaraciones realizadas por BRIDGESTONE son, claramente, contradictorias entre sí, e impiden determinar el primer motivo del recurso, pues si el propio fabricante no disponía de la certificación R54, como reitera el recurrente en varias ocasiones, difícilmente se puede sostener que, el referido certificado R54, está en el dominio público a disposición de cualquiera que quiera consultarlo.

Sea como fuere, la anterior justificación, manifestada por el recurrente, debe ser rechazada por varias razones, pero, fundamentalmente, por el derecho del resto de licitadores que han cumplido diligentemente con los plazos establecidos en el Pliego y que no pueden sufrir las consecuencias negativas del retraso en la presentación de la documentación por parte de BRIDGESTONE, que dispuso de un plazo de presentación de ofertas de 30 días naturales, plazo suficiente como para procurarse un documento cuya fecha de expedición databa de febrero de 2020. Plazo al que hay que añadir el transcurrido entre la fecha de presentación de ofertas y la apertura del sobre de documentación técnica, más el plazo concedido en el requerimiento de subsanación.

Recuérdese que la documentación técnica, entre ella, toda la que fue objeto de solicitud de subsanación, debía de haberse incorporado en el sobre 2, tal y como consta en el apartado G.3 del Anexo I del CCE del PCG que, a los efectos que aquí interesa, señala lo siguiente:

“DOCUMENTACIÓN TÉCNICA EXIGIDA PARA, EN SU CASO, VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR O PARA COMPROBAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL PCT

*En este sobre se incluirán los datos técnicos concernientes a su oferta, redactados conforme al modelo fijado en el **Anexo XI** “modelo para la presentación de datos técnicos”, así como la documentación técnica requerida en el apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas (Anexo X), no aceptándose aquéllos que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente el contenido de la oferta”.*

*El apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas, relativo a la documentación técnica a presentar, establece que la “Documentación Técnica exigida se presentará en sobre independiente, siguiendo el “modelo para la presentación de datos técnicos” unido como Anexo XI, especificando claramente todos y cada uno de los conceptos requeridos en el modelo, así como la siguiente documentación: **Copia de la Homologación del tipo de neumático según Reglamento CE nº 54** Pues bien, reconociendo el recurrente “que en los plazos conferidos para la subsanación a *Brigstone* no le resultó posible conseguir ese documento, que le fue remitido el día 18 de julio siguiente y que se acompaña como documento nº 3” (pág. 6 del escrito de reclamación), cabe analizar el alcance de esta afirmación y su repercusión en el procedimiento de licitación. (...)*

Pues bien, en el caso que examinamos, el recurrente era conocedor de la necesidad de presentar con su oferta un conjunto de documentos técnicos (...) El apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas, expresamente señala que “la no atención a los requerimientos, así como no aportar todos y cada uno de los requisitos y aclaraciones demandadas, así como omitir la información que se requiere en el “modelo para la presentación de datos técnicos” unido como Anexo XI, será motivo para excluir la oferta, sin considerar ni valorar la oferta económica”.

Por tanto, el recurrente en el momento de presentar su oferta se vincula al contenido de los pliegos que rigen la licitación siendo conocedor de que el PCT expresamente señala que la consecuencia asociada a no aportar todos y cada uno de los requisitos y aclaraciones demandadas (...) será motivo para excluir la oferta.

2.- Petición incorrecta de la homologación 117R.

*Esta afirmación no es correcta; EMT nunca exigió el certificado de homologación R 117 (R2.A29 _E4 _ 54210155 _ S2WR2 _ DURAVIS _ ALL _ SEASONS_signed.pdf de cuatro páginas con el certificado del reglamento CEPE 117 del elemento 3: E4*117R0210*10155*00 fechado el 12/feb/2020), fue BRIDGESTONE quien lo incluyó en su oferta técnica, como parte de la documentación del sobre 2, sin petición expresa de EMT.*

En el referido documento figura un listado de medidas del “Tread Pattern: Duravis All Season” y todas ellas en el apartado “Approval Number” figura “Not Approved Yet”. Motivo por el cual la EMT les solicitó aclaración en este sentido requiriéndoles el mencionado documento, en aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas: “EMT podrá requerir sobre la documentación presentada, cualquier aclaración técnica objetiva que considere oportuna, estableciendo el plazo correspondiente para su aportación”. (...)

En consecuencia, a la empresa BRIDGESTONE se le excluye por no aportar en tiempo la copia del certificado R54 (requerido en el Pliego). Y, en cuanto al certificado R117 (no exigido en el Pliego, pero aportado por BRIDGESTONE), se solicita su aportación al incluir una página de un neumático donde se especifica “not yet approved”, lo que exige la petición de aclaraciones al respecto. Teniendo en cuenta que el certificado del reglamento 117 es previo al certificado CEPE 54, la mención “Not Approved Yet” exige, con mayor necesidad la presentación del CEPE 54. No obstante lo anterior, lo que es claro en este sentido, es que no es necesario que un neumático este “Approved” u homologado por el reglamento 54 para que se expida la certificación 117.

3.- Que BRIDGESTONE presentó, en plazo, documentación que acreditaba plenamente el cumplimiento del 54R, y una declaración responsable en este sentido.

Se tiene constancia que para pedir la inclusión en EPREL es necesario el certificado CEPE117, pero no hay evidencia de que el certificado CEPE 54 sea necesario para figurar en dicho registro. Por lo que, de momento, no se puede considerar la inclusión en EPREL como prueba de disponer de la homologación CEPE 54. En este sentido, se indica que el certificado CEPE 117 aportado es anterior al CEPE 54, por lo que tampoco esta última es necesaria para la obtención de la primera.

No se pide la declaración expresa del fabricante/importador/distribuidor, se pide copia de la certificación. En este sentido hay que señalar que no se pueden pedir a unos ofertantes unos requisitos y a otros, otros requisitos diferentes, pues con ello se vulneraría el principio de igualdad entre licitadores.

4.- Doctrina formalista en la actuación de la EMT

Es erróneo pensar, por los motivos expuestos en los puntos anteriores, que la EMT, en su actuación, sigue una doctrina formalista, más bien todo lo contrario, pues no debe confundirse la rigidez en las formalidades en el procedimiento con el hecho de exigir a todos los licitadores los mismos documentos; lo contrario supondría privilegiar a unos licitadores sobre otros, conculcando el principio de igualdad de trato regulado en el artículo 132 LCSP.

Por tanto, se ha requerido la evidencia de dicha certificación CEPE 54, con un plazo fijado dentro de lo razonable, y que no se ha aportado en tiempo.

En cuanto a la pretendida vulneración del principio de proporcionalidad y que el recurrente centra en el reducido número de neumáticos del elemento 3 frente al resto de elementos, cabe señalar que la exigencia del certificado de homologación CEPE 54 no es caprichoso; es la prueba fehaciente que garantiza a EMT que los neumáticos cuentan con la debida fiabilidad en un servicio público fundamental.

La jurisprudencia comunitaria entiende que no se lesiona el principio de proporcionalidad cuando el licitador es excluido por no cumplir estrictamente con los requisitos de admisión (STJUE de 10 de julio de 2014, C-358/12, Asunto: Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici y Comune di Milano), ni cuando el órgano de contratación no puede evaluar la oferta presentada en comparación con otras, al apartarse la propuesta de lo que constituye el objeto del contrato (STG de 28 de junio de 2016, T-652/14. Asunto: AF Steelcase, S.A.).

No se está hablando de un servicio, sino de un producto que para su comercialización tiene que estar previamente homologado conforme a la reglamentación vigente siendo el objeto del contrato el suministro de neumáticos para autobuses urbanos que ha de prestarse con las debidas garantías de seguridad, no siendo su exigencia un requisito limitativo de la concurrencia como lo prueba el hecho de que el resto de licitadores aportó en plazo la citada certificación CEPE 54.

A mayor abundamiento, hay que señalar que el recurrente disponía de la citada certificación fechada, como se ha mencionado, en febrero de 2020 y que su falta de presentación junto con la oferta, o dentro del plazo de subsanación concedido, no se debió más que a su falta de diligencia

5.- Debieron solicitarse muestras de los neumáticos.

Según manifiesta el recurrente: “dicha muestra está correctamente marcada. En ningún caso el marcado, en el contexto del Procedimiento 22-036-2 es indicativo de que se tiene la certificación CEPE 54.

En este sentido hay que recordar que cualquiera, en el tráfico, puede ofertar productos sin homologar, por lo que se hace imprescindible la exigencia de acreditación en este sentido para todos los licitadores. Es por ello por lo que se mantiene que una muestra puede servir para ver que el marcado es correcto, pero no sirve como evidencia de que el producto está certificado según CEPE 54.

6.- *Que la EMT debió atender a las peticiones de ampliación del plazo de subsanación efectuadas por BRIDGESTONE.*

Sin ánimo de ser reiterativos, se estableció un plazo de presentación de ofertas de 30 días naturales a contar desde la fecha del envío de la convocatoria al DOUE. El procedimiento se envió al DOUE el día 24 de mayo de 2022 (publicación en el DOUE el día 27 de mayo de 2022), siendo la fecha de finalización de presentación de ofertas, el día 22 de junio de 2022, a las 14 horas, tiempo que se estima suficiente para la presentación de la documentación requerida, teniendo en cuenta lo siguiente:

- *Que el recurrente, BRIDGESTONE, es el propio fabricante del neumático que oferta y, en consecuencia, tiene un acceso directo al certificado, es decir, no se trata de un distribuidor de la marca que podría tener alguna dificultad en*

relación al acceso a ese certificado. El certificado R54 se expide al fabricante, según el Reglamento 54 de la CEE antes mencionado, lo que supone una disponibilidad directa del mismo.

- *Que, a pesar de lo anterior, todas las empresas licitadoras presentaron deficiencias en la documentación técnica presentada, motivo por el cual la Mesa de Contratación de la EMT, consideró necesario, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas “requerir sobre la documentación presentada, cualquier aclaración técnica objetiva que considere oportuna, estableciendo el plazo correspondiente para su aportación. La no atención a los requerimientos, así como no aportar todos y cada uno de los requisitos y aclaraciones demandadas, así como omitir la información que se requiere en el “modelo para la presentación de datos técnicos” unido como Anexo XI, será motivo para excluir la oferta, sin considerar ni valorar la oferta económica.” A todos ellos se les concedió el mismo plazo para la presentación de la documentación que, en el caso de BRIDGESTONE, finalizaba a las 14:00 del día 13 de julio de 2022, teniendo en cuenta que el requerimiento se realizó el día 8 de julio, lo que supuso la ampliación del plazo en 5 días naturales, plazo que se estima suficiente para la presentación de la referida documentación*
- *Que, de los cuatro licitadores que presentaron oferta, BRIDGESTONE, es la única empresa que es fabricante de neumáticos; el resto de licitadores son distribuidores de marcas de neumáticos, lo que implica que al ser distribuidores, no fabricantes, tienen una mayor dificultad a la hora de presentación de ciertos documentos, pues estos deben ser solicitados a sus respectivos fabricantes, no obstante, todos ellos (COTA AUTOMOCION, S.A. (CIF A78294840); RECACOR, S.A. (CIF A14466940); y NEUMATICOS SOLEDAD, S.L. (B03260684), presentaron los certificados R54, dentro del plazo ordinario o de aclaración concedido para ello, la única que no lo presentó fue BRIDGESTONE.*

Además, tal y como consta en el acuerdo de exclusión, el recurrente no delimitó un plazo máximo de ampliación para atender el requerimiento de subsanación, dejándolo abierto, lo que, como se ha indicado, lesionaría el principio

de igualdad de trato entre licitadores, ya que atender esta petición hubiera supuesto darle un trato de favor que hubiera perjudicado los intereses del resto de licitadores que sí presentaron la documentación técnica exigida en el Pliego de Condiciones Técnicas, bien con la presentación de su oferta, bien en el plazo de subsanación.

7.- Los plazos conferidos por la EMT fueron incorrectos e inválidos.

*No tiene razón el recurrente cuando dice que los plazos son incorrectos, pues los plazos concedidos fueron acordados por la Mesa de Contratación de EMT a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del pliego de Condiciones Técnicas cuando establece que **“EMT podrá requerir sobre la documentación presentada, cualquier aclaración técnica objetiva que considere oportuna, estableciendo el plazo correspondiente para su aportación.** La no atención a los requerimientos, así como no aportar todos y cada uno de los requisitos y aclaraciones demandadas, así como omitir la información que se requiere en el “modelo para la presentación de datos técnicos” unido como Anexo XI, será motivo para excluir la oferta, sin considerar ni valorar la oferta económica” (la negrita es nuestra).*

Tampoco tiene razón el recurrente cuando dice que los plazos son inválidos

De conformidad con lo dispuesto en el Apartado H, del Anexo I del CCE del PCG, en relación con la documentación administrativa:

“Una vez recibidas las ofertas electrónicas, se procederá en acto no público a la apertura de la documentación administrativa y a la calificación de la misma a través de la plataforma de licitación electrónica, y si se aprecian defectos u omisiones subsanables, se comunicarán a los interesados a través de la herramienta de notificaciones electrónicas de la plataforma electrónica, (dentro del área de trabajo del expediente, en el apartado Mensajes) para que a través de la misma herramienta, en un plazo no superior a 3 días, los corrijan o subsanen o presenten documentos aclaratorios o complementarios.”

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.2 de la LCSP Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

Que la documentación requerida (certificado R54) no forma parte de la documentación administrativa a la que hace referencia el Apartado H del Anexo I, por lo que su requerimiento no está sujeto al plazo de los tres días naturales de

subsanción. La documentación requerida hace referencia a la necesidad de aclaración de la documentación técnica exigida en el sobre número 2 relativa a la comprobación de los requisitos técnicos mínimos, que está sujeta al régimen previsto en el referido apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas que, para evitar reiteraciones innecesarias, se da por reproducido aquí, la cual prevé que sea la Mesa de Contratación la que determine la documentación a presentar que considere oportuna en el plazo que esta determine.

Que el requerimiento de documentación fue remitido el día 8 de julio de 2022, fijando como fecha límite de presentación de la documentación requerida el día 13 de julio de 2022. (PT1.MSG.2487170).

Que a mayor abundamiento, una vez presentada la documentación por el recurrente, EMT volvió a requerir de subsanción el 14 de julio de 2022, tanto para el elemento 3, como para el elemento 5, concediendo un nuevo plazo de 1 día hábil, es decir, con fecha límite del 15 de julio de 2022. Todo ello con la pretensión de hacer efectivo el principio antiformalista de la contratación y el principio de concurrencia “que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, «Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia»“ (Resolución del TARC de Madrid 22/2021, de 21 de enero).

Por ultimo conviene hacer una mención a la naturaleza de la aclaración requerida por EMT a los licitadores, pues la Ley 9/2017 no contempla trámite alguno de subsanción de las ofertas económicas o técnicas, solo el artículo 84 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresa la exclusión del procedimiento de aquellas ofertas técnicas o económicas que presentasen error, salvo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo de proposición, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, en cuyo caso no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Vistas las posiciones de las partes debemos centrar la controversia en tres aspectos: la aportación de la documentación requerida en el pliego de condiciones, la posibilidad de admitir otra documentación como similar o necesaria a la exigida, la notificación de la subsanación y la extemporaneidad de la aportación documental.

Inicialmente es necesario poner en evidencia que la EMT no es una administración pública, sino una empresa pública de capital íntegro del Ayuntamiento de Madrid, es decir estamos ante un poder adjudicador no administración pública que se rige en materia contractual por el RDLCSE y por la LCSP, pero no es de aplicación a estas entidades la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Dejado claro este aspecto observamos que ambas partes coinciden en que el licitador no aportó inicialmente la documentación requerida para demostrar que el suministro propuesto cumplía con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones. Concretando y en lo que nos afecta el certificado 54R.

Ante esta falta de documentación y en consideración a que no era ni el único documento ni el único licitador que no había cumplido con la aportación de certificados y demás documentos establecidos en el apartado 2 del PCAP, el órgano de contratación concede un plazo de subsanación.

Dicha subsanación no puede igualarse a la establecida en el artículo 141.2 que responde a la documentación previa demostrativa de la aptitud para contratar. En el caso que nos ocupa la documentación forma parte de la propuesta y como tal se incluye en el sobre dos, por lo que no es de aplicación el anterior precepto legal.

Sobre la posibilidad de clarificar o detallar las ofertas, es criterio de este Tribunal y de otros, la legalidad de esta posibilidad, siempre y cuando dicha aclaración no modifique la oferta.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación, en un intento de eficacia administrativa, admite la ampliación y modificación de la oferta con la presentación a posteriori de la documentación que requerida en los pliegos de condiciones no han aportado los licitadores.

Este Tribunal considera que la opción asumida por la mesa de contratación de conceder un plazo de cinco días naturales a todos los licitadores, con el fin de que aportaran la documentación exigida por los pliegos de condiciones a todos los números de orden del contrato es eficaz y legal, al no vulnerar los principios de igualdad de los licitadores y transparencia de la contratación.

Distinto criterio se expondría si uno solo de los licitadores hubiera cumplido ad initio con las obligaciones impuestas en el pliego de condiciones.

Llegado a este punto ha quedado demostrado que el requerimiento de subsanación se efectuó simultáneamente a todos los licitadores por medios electrónicos que aseguran su envío publicándose asimismo en el perfil de contratante, con lo que de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LCSP, el plazo empezaría a contar de forma igualitaria a todos los licitadores.

Dicho plazo, que no está regulado en la normativa, es establecido no como días naturales sino indicando la fecha límite de envío. En cualquier caso, alcanzaba a cinco días naturales, plazo que se considera suficiente.

La falta de presentación de la certificación 54R por parte del recurrente en el plazo establecido conlleva inexorablemente a su inadmisión el día 18 de julio, pues en este caso, si se vulneraría el principio de igualdad entre los licitadores. A este respecto indicar que no es de aplicación el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al no ser la EMT una administración pública, como ya hemos indicado anteriormente.

La pretensión de que el certificado 54R sea sustituido por otra documentación no es admisible. Como ya dijimos en nuestra Resolución nº 565/2021, de 16 de diciembre: *“lo primero que hay que destacar es que la Mesa de Contratación, en función de las competencias que tiene atribuidas, solo pueden evaluar la documentación e información que las entidades licitadoras aporten en sus proposiciones, no pudiendo sustituir a las mismas aportando y valorando información o documentación que no forme parte del contenido de la oferta, so pena de conculcar el principio de igualdad”*.

En cuanto a la necesidad de que el órgano de contratación hubiera solicitado muestras, debemos recordar que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (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. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por todo ello las actuaciones de la mesa han sido correctas, excluyendo la oferta de Bridgestone en relación con el orden nº 3, al no aportar la documentación técnica requerida junto con su oferta, ni en el plazo común otorgado a todos los licitadores para subsanación de defectos documentales. En consecuencia, se desestima el recurso en todos sus motivos.

Por lo que respecta a la imposición de multa requerida por el órgano de contratación, este Tribunal considera que no se dan los requisitos de temeridad y mala fe necesarios para su imposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 la representación legal de Bridgestone Europe N.V. S.A., contra el acuerdo de la Empresa Municipal de Transporte del Ayuntamiento de Madrid de fecha 28 de julio de 2022, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de “suministro de neumáticos de autobús”, número de expediente 22/036/2.

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal en fecha 18 de agosto de 2022 de los lotes 1 y 2 prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 122 del RDLCSE.