

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

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de la empresa Alstom Transporte, S.A.U., contra su exclusión tácita de la contratación del “Suministro durante el año 2020 de 50 autobuses eléctricos estándar de 12 metros a EMT Madrid y sus dispositivos de carga correspondientes”, expediente de contratación núm. 19/162/2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que la convocatoria de la licitación fue enviada al DOUE con fecha 27 de enero de 2020, y se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) el día 29 de enero de 2020, a las 01:00 horas y, el mismo día, en la página Web de la Empresa Municipal de Transporte de Madrid (en adelante EMT) “*perfil de contratante*”. El valor estimado del contrato es de 34.800.000 euros.

Segundo.- En lo que aquí interesa el plazo para presentar proposiciones expiraba el 6 de marzo a las 14 horas, 40 días tras la publicación. La apertura de ofertas estaba prevista a las 14:15h del día 6 de marzo, con posterioridad a esta hora (14:15h), la plataforma impide el envío de cualquier documentación. Sin embargo, la recurrente firmó su propuesta con posterioridad a tal hora no siendo tramitada por la plataforma

VORTAL de licitación electrónica. Afirma que fue por dificultades técnicas de la propia Plataforma. Y recurre, contra la que denomina exclusión “*tácita*”, al no figurar en el acta publicada en fecha 20 de marzo de 2020, aunque no se ha localizado en la Plataforma de Contratación del Sector Público esta publicación, que no se objeta por la recurrida.

Tercero.- El recurso se presenta en fecha 27 de mayo, y teniendo en cuenta que los plazos estaban interrumpidos por la declaración de estado de alarma se puede entender en plazo, computado este desde el 7 de mayo de 2020. Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales. Por esta misma razón el recurrente no ha tenido acceso, por imposibilidad material, al expediente administrativo.

Cuarto.- En fecha 4 de junio de 2020, se recibe el informe del órgano de contratación con el expediente administrativo, de conformidad con 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). El órgano de contratación cita esta disposición. Y lo argumenta: el procedimiento de contratación de referencia, 19/162/2, está sujeto a 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. Sin embargo, la referida norma ha

sido derogada desde el 25 de febrero de 2020, por la disposición derogatoria única del RDL 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. En ese sentido, la disposición transitoria primera de dicho RD-L 3/2020 establece que: *“Los procedimientos de reclamación iniciados al amparo del 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, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del mencionado RDL 3/2020, no existe acuerdo o acto alguno de EMT que pueda ser objeto de reclamación pues, al no haber presentado oferta la empresa Alstom Transporte, S.A.U. (en adelante, ALSTOM), la EMT no ha tenido que adoptar acto o resolución alguna sobre su continuidad, o no, en el procedimiento que pueda ser objeto de reclamación administrativa del 119 del RDL3/2020.

No obstante, entiende este Tribunal que si la exclusión llamada tácita por el recurrente es posterior a la entrada en vigor del 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, entonces la reclamación se regiría por esta última conforme a su disposición transitoria primera y disposición final decimosexta de la misma. Señala esta última:

“2. No obstante lo anterior, el libro primero, las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, decimosexta y decimoséptima; la disposición transitoria primera y el apartado primero de la disposición derogatoria única, entrarán en vigor a los veinte días de su

publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, a excepción del artículo 126, que lo hará al día siguiente de la referida publicación y del artículo 72.2 que lo hará al mismo tiempo que la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo”. Y la transitoria primera: “2. Los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente real decreto-ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

3. Los procedimientos de reclamación iniciados al amparo del 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, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.5 establece que *“el contrato del acuerdo marco tiene naturaleza privada, conforme al artículo 26.1 b) de la LCSP. El régimen jurídico del acuerdo marco será el establecido en el apartado 5 del cuadro resumen del PCP. En todo lo no previsto expresamente se aplicarán, de manera supletoria, las normas propias del Derecho privado”.*

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 120 y siguientes del Real Decreto-ley 3/2020, en los que se dispone lo siguiente:

“1. Los órganos de recursos contractuales regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el artículo 5.1 de este real decreto-ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho

especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan en este real decreto-ley:

a) Resolver las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en este real decreto-ley.

b) Acordar las medidas cautelares de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.

c) Fijar las indemnizaciones que procedan, previa la correspondiente reclamación de daños y perjuicios, por infracción, asimismo, de las disposiciones contenidas en este real decreto-ley.

2. Si la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en el artículo 5.1 y hubiera varias Administraciones Públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante se encontrara en el mismo supuesto, por operar en varios sectores de los incluidos en los artículos 8 a 14, la reclamación podrá ser presentada ante cualquiera de los órganos de recursos contractuales competentes mencionados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que vendrá obligado a resolver”.

El órgano de contratación ha dado a la reclamación la tramitación de la Ley 31/2007 citada y no cita el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero citada. No obstante, este Tribunal entiende le corresponde la tramitación de la nueva normativa.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que podría haber presentado oferta y no ha sido tomada en consideración por extemporánea en el procedimiento de licitación, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*” de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el Real Decreto-ley 3/2020 (LPCSE en los sucesivo.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo, en fecha 27 de mayo de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles desde el 7 de mayo, tal y como se expone en antecedente tercero.

Cuarto.- El supuesto acto tácito de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada de la LPCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1.

“a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.

b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras”.

Quinto.- El reclamante fundamenta su escrito en el mal funcionamiento de la aplicación VORTAL, que le impidió firmar y enviar la proposición antes de las 14 horas del día final de plazo. Cuando finalmente la firmó la aplicación no permitió el envío por haber expirado el plazo de licitación.

La secuencia temporal según el recurrente fue:

- Creó la oferta a las 12:35:46 de día, 18 de febrero de 2020.
- Cargó documentos entre las 15:32:20 de día 5 de marzo de 2020 y las 13:36:06 de día 6 de marzo de 2020.

A las 13:52 reporta dificultades para firmar a VORTAL.

- Firmó documentos entre las 14:15:54 y las 14:17:48 de día 6 de marzo de 2020.

El sistema no admite el envío de la proposición.

- El proveedor trató de enviar la oferta en varias ocasiones a partir de las 14:18h. La plataforma no lo permitió, ya que ya se había superado la hora y fecha estimada de apertura de ofertas (14:15h del día 6 de marzo).

Según VORTAL, en la llamada de las 13:52 *“El cliente reporta dificultad para firmar. Se verifica y se informa que probablemente no estaría cumpliendo con los requisitos técnicos. Se procede a dar las indicaciones y en medio del proceso la llamada se corta”*.

Siguen llamadas y gestiones en días posteriores.

VORTAL afirma que no registro incidencias en ese día y horas: *“Tras realizar las validaciones correspondientes con nuestro equipo de ingeniería, se confirma que la página aparecía en blanco, pero no tenemos forma de relacionarla con ningún error de plataforma. No tenemos evidencia de errores en los registros de la plataforma relacionados con este incidente. Tampoco fue posible obtener datos in situ de las dificultades del licitador, dado que este contactó apenas 8 minutos antes del fin del plazo de presentación de ofertas. Además, registramos varios usuarios de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U., que iniciaron sesión en la plataforma en el mismo lapso de tiempo y accedieron al expediente, no así a la oferta”*.

El órgano de contratación reporta que todas las licitadoras presentaron oferta, en la misma plataforma de contratación electrónica el día 6 de marzo de 2020 entre las 11:37h y las 14:01h, siendo esta última excluida. Y no tuvieron problema.

El recurrente acompaña un detallado informe pericial de técnico informático, que trata de acreditar los extremos de su reclamación, cosa que no consigue pues no puede acreditar lo que realmente pasó, sino lo que pudo ocurrir, es de contenido hipotético. En ninguna de las 31 páginas, del que consta el informe, se dice de forma expresa y concluyente, que hubiera un fallo técnico en el funcionamiento de la plataforma VORTAL, trata tan solo de posibles causas que pudieron provocar el bloqueo del equipo o la *“pantalla en blanco”* Este informe, no acredita el extremo consignado.

Según el órgano de contratación, el procedimiento de VORTAL sigue una secuencia temporal descrita en sus instrucciones:

- Carga de Documentos en los diferentes sobres y cumplimentar los formularios de respuesta.
- Finalizar la creación de la oferta.
- Firmar los documentos y los formularios de respuesta en la Plataforma.
- Aceptación de Condiciones y Términos de uso.
- Cifrar y enviar.

Esta sucesión de acciones es inalterable, es decir, no pueden, por ejemplo, cifrarse y enviarse los documentos si antes no han sido firmados, por tanto, deben llevar el orden temporal que ha sido expuesto.

En este sentido, VORTAL informó de la siguiente sucesión de acciones realizada por ALSTOM:

“Según nuestro Registro de Accesos en la Plataforma, tenemos evidencia de la siguiente actividad en la oferta del operador económico ALSTOM TRANSPORTE S.A.U.:

- *Creó la oferta a las 12:35:46 de día 18 de febrero de 2020.*
- *Cargó documentos entre las 15:32:20 de día 5 de marzo de 2020 y las 13:36:06 de día 6 de marzo de 2020.*
- *Firmó documentos entre las 14:15:54 y las 14:17:48 de día 6 de marzo de 2020.*
- *El proveedor trató de enviar la oferta en varias ocasiones a partir de las 14:18h. La plataforma no lo permitió, ya que ya se había alcanzado la fecha estimada de apertura de ofertas (14:15h)”.*

Sigue el órgano de contratación, ALSTOM, expone una versión de los hechos que, no solo contradice el informe de VORTAL sino también el propio informe pericial.

ALSTOM en su escrito de reclamación (pág. 9) dice:

“Al tratar de pulsar el botón ‘Cifrar y enviar’ sin motivo aparente la plataforma de VORTAL falló. La página se quedó bloqueada y sin reaccionar, con una página que aparecía continuamente en blanco a pesar de los intentos por desbloquearla”.

Si ALSTOM pulsó el botón cifrar y enviar era porque la oferta ya estaba firmada y, en consecuencia, fue con posterioridad a las 14:17:48 hora a partir de la cual la Plataforma no permite el envío de ninguna documentación, acaba el órgano de contratación.

Toda esta argumentación del órgano de contratación no la contradicen los correos electrónicos de VORTAL, donde se reconoce una llamada con dificultades para firmar y otra posterior que impedía el envío de los documentos. Después de recoger la secuencia arriba transcrita dice en correo de 13 de marzo:

“Se realizaron los siguientes contactos con nuestra Línea de Atención al Cliente:

Día 6 de marzo 13:52.

El cliente reporta dificultad para firmar. Se verifica y se informa que probablemente no estaría cumpliendo con los requisitos técnicos. Se procede a dar las indicaciones y en medio del proceso la llamada se corta.

Día 6 de marzo 14:23.

El cliente reporta que después de iniciar la sesión desde Internet Explorer la página queda en blanco, no siendo ya posible presentar debido al cumplimiento del plazo. Se sugiere reportar los datos para ser analizado y verificar la incidencia. Surgen llamadas posteriores para conocer el estado del ticket.

Día 9 de marzo.

En la mañana del día 9 de marzo se intenta confirmar con el cliente mediante llamada realizada para saber en detalle lo ocurrido. El cliente indica que después de terminar la llamada del viernes pudo firmar, pero al pulsar en ‘Cifrar y enviar’ la página se queda colgada no siendo posible el envío. Cuando pudo hacerlo después de reiniciar la plataforma arrojó el mensaje de que ‘Ya no es posible presentar una oferta (...)’. Al repetir la acción después de actualizar, ya no le permitía visualizar la página, quedando en blanco. Se ha verificado y tiene las configuraciones de vista de compatibilidad, excepto la opción de cada vez que visita esta página”.

Tras realizar las validaciones correspondientes con nuestro equipo de ingeniería, se confirma que la página aparecía en blanco, pero no tenemos forma de relacionarla con ningún error de plataforma.

No tenemos evidencia en los registros de la plataforma relacionados con este incidente”.

No niega que la firma fuera posterior a las 14 horas y después el cifrado y envío de los documentos.

A juicio de este Tribunal lo relevante es que no ha quedado acreditado ningún fallo en la Plataforma VORTAL que impidiera enviar su oferta a la recurrente, como sí hizo con los demás licitadores en la mañana del día 6, incluida una que por ser enviada a las 14:01 ha sido rechazada (afirma el órgano de contratación que el sistema permite enviarlas hasta las 14:15, pero las registradas con posterioridad a las 14:01 son rechazadas).

También queda acreditado que disponiendo de 40 días para presentar su proposición esperó al último día y momento (media hora antes) sin prever cualquier dificultad que pudiera tener en el envío. Es la falta de diligencia del propio licitador (artículos 1101 y siguientes del Código civil) el factor determinante. Un día o unas horas antes y no hubiera tenido problemas o los hubiera subsanado en tiempo, de ser cierto. Se pone en contacto con VORTAL, 9 minutos antes del plazo final de presentación de proposiciones. Esta diligencia es la debida según la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 Código civil). En una empresa de esta entidad, con departamento especializado en materia de contratación, la importancia del contrato, conocimientos especializados informáticos y experiencia en el uso de la plataforma VORTAL, con un plazo de 40 días para presentar la proposición no esperar al último momento no es una exigencia excesiva. Es la mínima diligencia, la de la persona más descuidada.

Tampoco se puso en contacto con el órgano de contratación.

Pero fundamentalmente no prueba en modo alguno que no pudiera presentar la proposición por causa que le fuera inimputable, es decir, que se debiera a la Plataforma.

Tal y como recoge la Resolución del TACRC de 28 de diciembre de 2019:

“En un supuesto similar, en el que la oferta sí llegó a presentarse electrónicamente, aunque extemporáneamente, este Tribunal en su Resolución n° 560/2018, de 8 de junio de 2018, manifiesta que ‘es evidente que el principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración que redactó los pliegos”.

O del mismo Tribunal la resolución núm. 1.105 de 7 de octubre de 2019:

“El hecho de la Plataforma de Contratación del Sector Público sea un servicio gestionado por la Dirección General del Patrimonio del Estado (cfr.: artículo 347.1 LCSP) y, por tanto, de una Administración Pública diferente de la que convoca la licitación, no supone que el órgano de contratación pueda permanecer al margen de cualquier vicisitud en el funcionamiento de dicha Plataforma. Antes bien, de acreditarse por el interesado que, efectivamente, ocurrió un error en aquella que hizo imposible la presentación en tiempo y forma de su oferta (o que, como se alega en el supuesto hoy analizado, impidió acceder a un documento debidamente enviado), esa incidencia afectaría a la licitación y el órgano de contratación –o la mesa en su caso- deberían adoptar las medidas a su alcance para remediarla. Cuáles sean esas medidas es algo que dependerá de las circunstancias de cada caso, y podrán consistir en una ampliación del plazo de presentación (cfr.: artículo 32.1 LPAC) o incluso en el desistimiento del procedimiento (cfr.: artículo 152.4 LCSP), pero lo que en ningún caso puede hacerse es abdicar de la responsabilidad que le incumbe como mesa o como órgano de contratación, so pretexto de provenir la incidencia de un servicio de otra Administración Pública”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un supuesto similar refiere a la diligencia debida del licitador. Escribe en el Recurso núm. 1089 /2018:

“Debemos de recordar que admitir una oferta presentada fuera de plazo, además de ser contrario a Derecho y al procedimiento establecido, vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores, siendo una exigencia común a todos ellos, publicada en el anuncio de la convocatoria de la licitación, que el plazo de presentación de ofertas concluía el día 3 de septiembre a las 14 horas, siendo así que en el caso presente Moheda decidió presentar su proposición el último día del plazo, y realizar su registro en la plataforma de contratación electrónica que EMT tiene implantada para sus licitaciones a las 12:38 horas del día 3 de septiembre de 2018 asumiendo bajo su responsabilidad las consecuencias que se pudieran derivar de dicha decisión, cuando el propio pliego de condiciones que regía la contratación explicaba el funcionamiento de la plataforma de contratación electrónica aludida, indicándose el procedimiento para “darse de alta” y’ los pasos a seguir para acceder al expediente al que se quiere licitar y presentar oferta, en la que se advertía claramente que: “Es importante que los licitadores verifiquen con antelación suficiente, antes de la firma y envío de las proposiciones, los requisitos de software para la presentación de proposiciones a través de la plataforma VORTAL. JAVA, sistema operativo, navegador (actualmente el explorador Google Chrome es incompatible con JAVA), etc.” (...) así como que “Todas las ofertas extemporáneas recibidas al expediente serán excluidas a no ser que la compañía proveedora del servicio alerte al órgano de contratación de que se está produciendo alguna situación que afecte al funcionamiento del software y que pueda provocar que los proveedores entreguen su oferta fuera del plazo establecido. Es responsabilidad exclusiva del licitador, si experimenta alguna dificultad a la hora de preparar y presentar su oferta, contactar con la compañía proveedora del servicio dentro del plazo de presentación de ofertas para garantizar que, efectivamente, se realizan todos los pasos necesarios y no se trata de una dificultad técnica o un problema del software.

Todas las ofertas entregadas fuera de plazo porque no se hayan realizado con antelación suficiente las configuraciones necesarias indicadas en los párrafos anteriores, o el usuario no prepare su oferta con la antelación suficiente para presentarla dentro del plazo previsto, serán excluidas del proceso”.

Por todo lo expuesto procede la desestimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 de la LCPSE 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.- Desestimar la reclamación por la representación de la empresa Alstom Transporte, S.A.U. contra su exclusión tácita de la contratación del “Suministro durante el año 2020 de 50 autobuses eléctricos estándar de 12 metros a EMT Madrid y sus dispositivos de carga correspondientes” expediente de contratación núm. 19/162/2.

Segundo.- No se aprecia temeridad o mala fe para la imposición de costas.

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 122 LPCSE.