

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

En Madrid, a 28 de septiembre de 2016

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por doña C.O.G. y don G.V.M., en nombre y representación de Indra Sistemas, S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (EMT), de fecha 13 de julio de 2016, por el que se la excluye de la licitación del contrato de “Suministro para la renovación de la unidad central de proceso y determinados elementos accesorios, incluyendo el sistema de comunicaciones de voz con los autobuses”, número de expediente: 16/037/2, de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (EMT), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23, 28, 31 de mayo y 7 de junio de 2016 se publicó respectivamente en la página web de la EMT, DOUE, BOE y BOCM, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de “Suministro para la renovación de la unidad central de proceso y determinados elementos accesorios, incluyendo el sistema de

comunicaciones de voz con los autobuses”, siendo el valor estimado del contrato de 6.360.000 euros.

De acuerdo con el apartado G.2 del Anexo I, Cuadro de Características Técnicas, Pliego de Condiciones Generales (PCG) Solvencia técnica y/o profesional adicional y Documentos para acreditarla:

- *“El licitador deberá presentar certificado de, al menos, un contrato similar por dispositivo, en la Unión Europea, donde se haya empleado el mismo modelo del equipamiento embarcado ofertado (UCP y router de comunicaciones) en al menos 1.000 unidades, y cuya aplicación sean los Sistemas Inteligentes de Transporte (ITS). Si alguno de los dispositivos ofertados no hubiera sido instalado por pertenecer a nuevas gamas de productos o por ir a ser fabricado o modificado expresamente para este proyecto, se aceptará certificado de otros dispositivos de la misma marca y características técnicas similares. El certificado deberá ser expedido por la entidad que adjudicó el contrato”.*

Segundo.- Al procedimiento concurren dos empresas, Electronic Trafic, S.A. (ETRA) e Indra Sistemas, S.A. (INDRA), ahora reclamante.

La Mesa de contratación de la EMT, en sesión celebrada el 13 de julio de 2016, acuerda la exclusión de INDRA ya que tras requerir la subsanación de los certificados acreditativos de la solvencia técnica, se considera que la citada empresa no ha acreditado la solvencia técnica requerida en el apartado G.2 del Cuadro de Características Técnicas del Pliego de Condiciones, ya que ha aportado documentación que no acredita que disponga de al menos, de un contrato similar por dispositivo, donde se haya empleado el mismo modelo del equipamiento embarcado ofertado en, al menos, 1000 unidades.

El Acuerdo de exclusión fue notificado el día 20 de julio de 2016.

Con fecha 22 de julio de 2016, INDRA anunció su intención de interponer reclamación contra su exclusión y ese mismo día presenta escrito en el que se solicita se dé acceso al expediente de contratación. No consta en el expediente administrativo que dicha solicitud fuese contestada en algún sentido.

Tercero.- El 4 de agosto de 2016, INDRA, presenta reclamación contra su exclusión.

Argumenta la reclamante que *“el requisito de solvencia exigido en el Expediente de Contratación es nulo de pleno derecho por ser contrario a principios esenciales de la contratación pública. Esta Reclamante no impugnó los pliegos de aplicación al Expediente de Contratación y presentó oferta pero ello, sobre la base y entendimiento de que el Requisito de Solvencia exigido por el órgano de contratación no podría interpretarse en un sentido rigorista y formalista (puesto que de tal lectura e interpretación se derivaría una restricción no justificada a la libre concurrencia) sino que debía de atenderse a una interpretación finalista del requisito. Sin embargo, a la vista de la documentación presentada por INDRA, el órgano de contratación acordó su exclusión del procedimiento”*.

Además añade que *“en tanto no se ha facilitado a la Reclamante el acceso al Expediente de Contratación antes de presentar el presente escrito, se solicita del Tribunal que se dé a la Reclamante acceso al citado Expediente para que, a la vista de la documentación allí obrante, pueda hacer y complementar las alegaciones que entienda pertinentes”*.

Cuarto.- De la reclamación se dio traslado al órgano de contratación que informa que *“Resulta chocante que se alegue sentirse perjudicado por no haber dispuesto de todos los elementos necesarios para formular la reclamación por no haber tenido acceso al Expediente de contratación, cuando lo que se está impugnando es el pliego de condiciones que es un documento público de acceso libre que, como se ha dicho anteriormente, ha sido objeto de publicidad en el DOUE, BOE, BOCM y en el Perfil de contratante de EMT, y que conoce perfectamente el reclamante por ser el*

objeto esencial de su reclamación. Dicho lo cual, no se discute su legitimidad para tener acceso al expediente y a tal efecto EMT le convocará para que tome vista del mismo en los términos establecidos en el pliego de condiciones”.

En cuanto al motivo de fondo de la reclamación, alega que *“Como reconoce la entidad reclamante, no recurrió en plazo el pliego de condiciones, por lo que siguiendo la doctrina incontrovertible del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), considera EMT que no cabe ahora cuestionar los requisitos de solvencia establecidos en el pliego y si hubiera sido preferible que el órgano de contratación hubiera establecido otros requisitos o los mismos con exigencias menores”.*

Mediante Acuerdo de 8 de septiembre de 2016, este Tribunal reconoció a INDRA, el derecho al examen del expediente administrativo en la sede del Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 16.2 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante RPER).

Una vez puesto de manifiesto el expediente, INDRA procedió a la ampliación de la reclamación el 16 de septiembre, ratificándose en los términos de la inicialmente presentada, habiéndose dado traslado del mismo tanto al órgano de contratación como al resto de interesados.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado de la reclamación al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado el correspondiente escrito la empresa ETRA en el que alega que el requisito de experiencia exigido está directamente relacionado con el objeto del contrato y que resulta claro y meridiano y no supone condición restrictiva alguna de la concurrencia. Por lo tanto, solicita sea

desestimada la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se dirige formalmente contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de suministro sujeto la LCSE al superar los umbrales establecidos en el artículo 16.a) de la misma.

Tercero.- La reclamante ostenta legitimación activa en su condición de licitadora excluida. De acuerdo con el artículo 102 de la LCSE *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

Cuarto.- En cuanto al plazo, consta que la exclusión fue notificada el día 20 de julio de 2016, por lo que la reclamación interpuesta ante el Tribunal el día 4 de agosto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- El motivo de la reclamación se concreta en el establecimiento en el apartado citado del Anexo I del PCG de un requisito de solvencia que consideran nulo por vulnerar los principios esenciales de la contratación.

Alega en el escrito de reclamación que el acto excluyendo a la Reclamante de la licitación fue adoptado en base a un requisito de solvencia nulo y no subsanable y

que los pliegos de la contratación constituyen la ley del contrato salvo existencia de cláusulas nulas de pleno derecho. Añadiendo que *“Esta Reclamante no impugnó los pliegos de aplicación al Expediente de Contratación y, presentó oferta pero ello, sobre la base y entendimiento de que el Requisito de Solvencia exigido por el órgano de contratación no podría interpretarse en un sentido rigorista y formalista (puesto que de tal lectura e interpretación se derivaría una restricción no justificada a la libre concurrencia) sino que debía de atenderse a una interpretación finalista del requisito. Sin embargo, a la vista de la documentación presentada por INDRA, el órgano de contratación acordó su exclusión del procedimiento”*.

Considera la reclamante que el requisito de solvencia exigido, *“certificado de, al menos, un contrato similar por dispositivo, en la Unión Europea, donde se haya empleado el mismo modelo del equipamiento embarcado ofertado (UCP y router de comunicaciones) en al menos 1000 unidades y cuya aplicación sean los Sistemas Inteligentes de Transporte (ITS) (...)”*, es contrario a los principios que rigen la contratación pública puesto que las entidades contratantes tienen facultad discrecional para definir los criterios de selección de solvencia que requieren a los licitadores para participar en la licitación pero esta facultad discrecional tiene como límite el respeto a los principios de contratación pública. No pueden fijar criterios de selección que limiten o restrinjan injustificadamente la concurrencia lo cual, consideran que ha ocurrido en el expediente de contratación.

Se plantea la reclamante los motivos que han llevado a EMT a considerar como condición necesaria para acreditar la capacidad técnica necesaria que el suministro se hubiera realizado bajo un único contrato *“si no podría haberse acreditado por medio de certificados de varios contratos que incluyeran suministro del mismo equipo para al menos un total de 1000 unidades de autobuses de forma simultánea (lo que además, supondría acreditar mayor capacidad de gestión). La licitación habría sido abierta y accesible a otros licitadores de haber optado el órgano de contratación por esta segunda posibilidad sin que ello hubiera afectado a la solvencia”*. A continuación explica las circunstancias del contrato que determinan

que el requisito exigido sea, a su juicio, desproporcionado, para terminar solicitando que se vuelva a incluir a la reclamante en la licitación o subsidiariamente se declare la nulidad del apartado G.2 del Anexo I.

Debemos partir de la circunstancia de que la reclamante en ningún momento discute la acreditación efectuada del requisito de solvencia debatido, sino que desarrolla su actividad argumental en torno a la indebida inclusión del mismo por su carácter desproporcionado y limitativo de la concurrencia.

Para la resolución de la reclamación debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos y, por tanto, al presentar su oferta, se han aceptado incondicionalmente en todo su contenido. Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Dado que la reclamante en su momento no impugnó ni hizo observación o reserva alguna sobre la procedencia de los requisitos de solvencia establecidos en el pliego, no cabría en este momento tener en cuenta argumento alguno respecto de la adecuación a derecho o la pretendida vulneración de los principios que rigen la contratación pública en la descripción de los requisitos de solvencia o en su acreditación.

El argumento utilizado de que ha sido la interpretación estricta y rigorista del requisito lo que habría provocado su exclusión y que esa es la razón por la que no se impugnó el Pliego en su momento, no puede tener acogida. La entidad

contratante ha aplicado el requisito en los términos en que aparece redactado y los licitadores no podían tampoco haber entendido otra cosa que lo que el propio requisito establece, por lo tanto no cabe sostener que existió indefinición u oscuridad en el Pliego.

En definitiva la reclamación interpuesta formalmente contra la exclusión en la que únicamente se hacen valer cuestiones sobre la procedencia o corrección de la solvencia exigida en el pliego, cuyo incumplimiento además no se cuestiona, necesariamente debe ser considerada extemporánea y por lo tanto ser inadmitida.

No se aprecia, en este caso, que existan circunstancias motivadoras de la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd, que acepta la anulación de los Pliegos, cuando señala como excepción al plazo de interposición del recurso, el supuesto de que las condiciones de la licitación solo pueden percibirse una vez se analiza la motivación de la adjudicación. En el apartado 53 señala que procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18. Si las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto en el derecho nacional, el licitador está legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

En el supuesto analizado las condiciones de licitación han sido claras, conocidas y aceptadas y solo ha sido al no poder acreditar determinado requisito de solvencia cuando la reclamante se ha planteado su posible nulidad.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del

encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE y el artículo 3 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.- Inadmitir la reclamación en materia de contratación interpuesta por doña C.O.G. y don G.V.M., en nombre y representación de Indra Sistemas, S.A., por extemporánea.

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 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 8 de septiembre de 2016.

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 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.