

Reclamación nº 372/2017

Resolución nº 375/2017

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 J.C.L. y don M.T.G., en nombre y representación de Schindler, S.A., contra la adjudicación del lote 3 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 fechas 9 y 10 de junio de 2017 se publicó, respectivamente en el Perfil de 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 recurso que el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) que rige la licitación en su apartado 20, establece lo siguiente:

“Adscripción de medios materiales y/o humanos.

Los licitadores deberán cumplir los siguientes requisitos de adscripción de medios/materiales/humanos por cada uno de los lotes:

a) Medios humanos:

- Un Responsable del mantenimiento, con titulación de Ingeniero superior o técnico de la especialidad técnica o equivalente del Espacio Europeo de Educación Superior y experiencia acreditativa de más de 5 años trabajando como responsable específicamente en escaleras mecánicas.

- El equivalente al servicio de un (1) Administrativo dedicado a las tareas administrativas de este contrato.

- El equivalente al servicio de técnicos de mantenimiento:

16 técnicos para el lote 1, en el caso de ser una disponibilidad del 100%

19 técnicos para el lote 2, en el caso de ser una disponibilidad del 100%

10 técnicos para el lote 3, en el caso de ser una disponibilidad del 100%

12 técnicos para el lote 4, en el caso de ser una disponibilidad del 100%

Será personal de mantenimiento con titulación de FP2 (o equivalente) o personal operario, con experiencia acreditada mínima de 3 años trabajando específicamente en escaleras mecánicas de las marcas y modelos del lote o lotes a los que se presenta, que puedan cubrir las 24 horas y los 365 días de servicio al año.

Las titulaciones académicas y profesionales habrán de ser, necesariamente, españolas, o estar homologadas en el ámbito de la Unión Europea. Se incluirá Currículum de cada una de las personas asignadas del personal técnico y mandos intermedios en el que se indique la experiencia, titulaciones, cursos y formación específica en escaleras mecánicas concretando marcas y modelos, etc., necesarios para la perfecta ejecución de las tareas encomendadas. En particular, se deberá incluir un Certificado de Experiencia para cada uno de los técnicos, que deberá incluir la experiencia que poseen en el mantenimiento de escaleras mecánicas, especificando las marcas y modelos”.

El Pliego de Condiciones Técnicas (PCT), por su parte, en el apartado 3.11, Recursos Humanos, exige:

“Los recursos humanos puestos a disposición para la realización correcta del servicio de mantenimiento de los sistemas o instalaciones objeto de este pliego, estarán constituidos como mínimo por las siguientes personas: (...)

Para el lote 3:

El equivalente al servicio de diez (10) Técnicos de mantenimiento con titulación de FP2 (o equivalente) o personal operario, con experiencia acreditada mínima de 3 años trabajando específicamente en escaleras mecánicas de las marcas y modelos”.

Tercero.- A la licitación del lote 3 se presentó Kone Elevadores, S.A. (en adelante Kone), resultando adjudicataria, no pudiendo la reclamante Schindler, presentar su oferta electrónicamente alegando imposibilidad técnica por lo que interpuso reclamación contra la inadmisión de su oferta que fue desestimada por este Tribunal mediante Resolución 228/2017 de 4 de agosto.

Advierte la reclamante que dicha decisión no es firme al haber sido recurrida en vía contencioso-administrativa en el procedimiento ordinario 896/2017 seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, y no haber recaído sentencia firme.

Cuarto.- Con fecha 23 de noviembre de 2017, Schindler, S.A, interpuso ante el Tribunal escrito que califica de recurso especial en materia de contratación, previa la presentación del correspondiente anuncio, contra la adjudicación del contrato a favor de Kone, única oferta admitida para el lote nº 3. Dicha adjudicación fue acordada el 2 de noviembre de 2017 y publicada en el DOUE el día 7 del mismo mes.

La reclamante solicita la anulación de la adjudicación por considerar que la adjudicataria ha modificado indebidamente su oferta al subsanar la acreditación de los medios humanos a adscribir para la ejecución del lote 3 y además no cumple con lo requerido en los pliegos en relación con la experiencia de los técnicos exigidos en el PPT.

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 30 de noviembre de 2017.

Opone Metro de Madrid en primer lugar que existe un procedimiento judicial en tramitación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra la Resolución del Tribunal que acordaba exclusión de Schindler, por lo que solicita la inadmisión de la reclamación conforme al principio de litispendencia sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución de 7 de octubre de 2016 (Recurso nº 757/2016, Resolución 797/2016). Alega así mismo falta de legitimación activa del recurrente en la interposición de la reclamación presentada puesto que no presentó oferta alguna a la licitación. En cuanto al fondo sostiene que la licitación se ha ajustado a las normas y principios que rigen la contratación pública y a los pliegos de condiciones que la han regido.

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, Kone, en las que manifiesta la falta de legitimación de la reclamante al no haber sido licitadora en el procedimiento y la posible extemporaneidad de la reclamación puesto que debió tener conocimiento de la adjudicación en fecha anterior a la publicación en el DOUE pro lo que solicita la inadmisión 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante 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.

En cuanto a la litispendencia no cabe admitir su existencia porque las pretensiones del recurso contencioso-administrativo y de la reclamación presentada son distintas, el primero se refiere a la exclusión de la recurrente y la segunda a la adjudicación por lo que la interposición del recurso, en el que no ha recaído auto de suspensión, no impide al Tribunal conocer de la reclamación planteada.

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.

La reclamante ha conocido el acto de adjudicación el 7 de noviembre de 2017 fecha de la publicación en el DOUE, en la que se considera notificada.

Tercero.- 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”*.

En este caso la reclamante no ha participado en la licitación al resultar inadmitida su proposición por no haber sido presentada en la forma exigida por el Pliego. Este Tribunal desestimó la reclamación interpuesta contra su inadmisión.

Alega la reclamante que la decisión de su *“exclusión”* no es firme al haber sido recurrida en vía contencioso-administrativa y no haber recaído sentencia firme por lo que estaría legitimada para impugnar la adjudicación argumentando que existe un interés directo y legítimo para la defensa de sus derechos por el hecho de ser la actual empresa mantenedora de las escaleras adjudicadas, haber intentado

presentarse al concurso, aunque fuera excluida por razones técnicas, que son objeto del mencionado recurso contencioso-administrativo y porque la nulidad de la adjudicación del contrato a Kone le permitiría volver a presentar su oferta.

Como reiteradamente han manifestado la doctrina y la jurisprudencia la legitimación activa del artículo 102 de la LCSE así como del 42 del TRLCSP, se vincula, con carácter general, a la relación que media con el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula, tal y como se ha declarado, entre otras, en las SsTS 23 de diciembre de 2011 (casación 3381/08, FJ 5), 16 de diciembre de 2011 (casación 171/2008, FJ 5^o), o 20 de enero de 2012 (casación 856/08, FJ 3).

A la vista de las circunstancias del procedimiento, con un único licitador, habiendo presentado la reclamante proposición, si bien no resultó finalmente admitida, estamos ante el supuesto excepcional del licitador “*excluido*” de la licitación que puede invocar, como ahora hace, el legítimo interés en que se declarase desierta en la confianza, de la necesaria convocatoria de nueva licitación lo que le permitiría optar a ser futuro adjudicatario. Es evidente que un nuevo procedimiento la reclamante podría presentar oferta y por tanto la exclusión de la adjudicataria y la declaración de desierto del lote 3 le suponen un beneficio que le otorga legitimación para interponer la reclamación.

En consecuencia, procede reconocer legitimación activa a la reclamante.

Igualmente se reconoce la capacidad con que actúan los firmantes de la reclamación.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto, en primer lugar se alega que Kone ha modificado su oferta mediante la presentación de una subsanación indebida relativa a los medios humanos que debían ser puestos a disposición del contrato para la ejecución del lote 3.

Consta en el expediente que Kone presentó el compromiso de adscripción de medios exigido en el apartado 20 del PCP, mediante una declaración responsable.

Igualmente consta que asignó en su oferta un total de 18 y 12 técnicos, para los lotes 1 y 3, de los cuales 12 técnicos fueron coincidentes, motivo por el que con fecha 6 de septiembre se solicitó la subsanación puesto que al exigirse una dedicación total no podían ser los mismos técnicos adscritos a los dos lotes. Dentro del plazo concedido la empresa presentó documentación acreditativa de la puesta a disposición del lote 3 de otros técnicos, subsanación que fue aceptada por Metro.

A juicio del órgano de contratación *“la subsanación solicitada a este licitador se ha limitado a la acreditación de la existencia de tales requisitos y no a su cumplimiento, pues su cumplimiento quedó acreditado a través de dicha declaración responsable. Por ello, con esta subsanación ni se ha mejorado la oferta del adjudicatario ni se ha modificado en ningún momento como pretende hacer ver Schindler”*.

Como es sabido, 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso se comprueba que el PCT exige la dedicación de una serie de técnicos para cada lote del contrato, en concreto para el lote 3 se exigen 10. Esa exigencia aparece configurada en el PCP como un compromiso de adscripción de medios cuyo cumplimiento deberá acreditar el licitador propuesto como adjudicatario de acuerdo con lo establecido por el artículo 151.2 del TRLCSP. Esta circunstancia

supone que cabe la subsanación respecto del personal contenido en el compromiso puesto que en un primer momento la mera declaración sería suficiente.

De acuerdo con la redacción del Pliego, si bien el personal necesario se ha incluido en el PCT y debe figurar en la oferta, en realidad se pretende que su exigencia sea un compromiso de adscripción de medios por lo que en principio no debería haberse requerido un listado de nombres y cvs sino solo la declaración prevista en el PCP. No obstante, al haberse exigido ese listado y apreciando la Mesa defectos en el mismo, por ser coincidentes ciertos técnicos, cabe que se solicite la subsanación.

Respecto a la posibilidad de subsanación de las declaraciones de adscripción y solicitud de aclaraciones por parte de la Mesa, el Tribunal ha venido sosteniendo que debe hacerse una interpretación favorable a facilitar la máxima concurrencia, lo que conduce a la necesidad de facilitar la posibilidad de que se subsane el defecto apreciado. Por todo ello, se considera que la Mesa actuó de forma correcta al solicitar la subsanación y que este motivo de la reclamación debe ser desestimado.

El siguiente motivo se refiere a la experiencia exigida a los 10 técnicos adscritos a la ejecución del lote 3 del contrato.

Alega la recurrente que “con la información, bastante actualizada y precisa con que cuenta Schindler, el adjudicatario no dispone de 10 técnicos con experiencia mínima acreditada de 3 años en el mantenimiento de escaleras mecánicas de los modelos contenidos en el lote, que son los modelos 9300- 20, la 930048-20 y la SWT30100M. En concreto, en lo que se refiere al modelo 930048-20, es imposible que Kone tenga experiencia. No consta a mi representada que haya mantenido una escalera de esta tipología en algún momento (...) Además, Schindler no ha formado a ningún técnico de Kone ni de las demás empresas licitadoras en el mantenimiento de las escaleras mecánicas referidas en el párrafo anterior, por lo que es imposible que la empresa adjudicataria pueda acreditar que tiene 10 técnicos, en Madrid, con experiencia de tres años en estas escaleras.”

El órgano de contratación en su informe manifestó que *“el órgano de asistencia, en el ejercicio de sus facultades de discrecionalidad técnica, mediante la colaboración del departamento técnico de METRO que, contaba con expertos capaces de analizar y valorar dichas las ofertas técnicas conforme a lo requerido, tras un riguroso análisis de la oferta y aplicando criterios estrictamente técnicos, ha procedido a comprobar que la oferta presentada cumple con los requerimientos mínimos del Pliego de Prescripciones Técnicas, y a valorar la oferta de acuerdo con los criterios y puntuaciones exigidas en este Pliego, y todo ello, tal y como vienen exigiendo los Tribunales Administrativos de Contratación.”*

Añadiendo que *“Para comprobar la experiencia mínima exigida al licitador y asignar la puntuación adecuada a la misma conforme a los criterios establecidos en el Pliego de Condiciones Particulares se tuvo en cuenta el apartado de la oferta técnica de Kone Elevadores correspondiente a la ‘Experiencia acreditada de los técnicos destinados al contrato’, comprobándose que la documentación aportada acreditaba sobradamente la experiencia mínima exigida para los medios humanos que adscribirían al contrato. Experiencia que, igualmente, se cumplía sobradamente tras la subsanación efectuada (páginas 22 a 34), con lo que la experiencia acreditada al momento de presentar la oferta no quedaba contradicha tras la subsanación requerida”.*

Debe señalarse que la impugnación de la recurrente se refiere al personal incluido en la declaración de adscripción de medios, 10 técnicos, respecto de los que el PCP exige un certificado de experiencia para cada uno de ellos que incluya la experiencia en el mantenimiento de escaleras mecánicas especificando las marcas y modelos.

Comprueba el Tribunal que Kone ha incluido tales certificados y que en los mismos consta la marca y modelo de escalera correspondientes y los años de experiencia por lo que ha cumplido, al menos formalmente, con los requerimientos de acreditación del Pliego.

Por otro lado, Metro en su informe sostiene que *“Respecto al argumento esgrimido de contario, según el cual es imposible que los 10 técnicos asignados al contrato cuenten con la experiencia mínima de tres años en escaleras, puesto que Schindler no ha formado a ningún técnico de Kone ni de las demás empresas licitadoras en el mantenimiento de las escaleras mecánicas del Lote 3, hemos de poner de manifiesto que dicho razonamiento 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. En este sentido hemos de señalar que el mantenimiento multimarca (es decir, que un mantenedor ofrezca sus servicios para el mantenimiento de equipos de marcas diferentes a la propia) está muy extendido en el sector de la elevación, tanto de las escaleras mecánicas como de los ascensores. El parque de escaleras mecánicas marca Schindler en España, no se limita únicamente a las escaleras mecánicas existentes en Metro de Madrid, por lo que no podría limitarse, la valoración de experiencia en escaleras marca Schindler de la empresa Kone, a la que tengan en escaleras mecánicas de esta marca en nuestras instalaciones.*

Además, respecto a la Formación específica en escaleras mecánicas de la marca Schindler, todas las empresas mantenedoras de escaleras mecánicas, y particularmente aquellas que como Kone ofertan el mantenimiento multimarca de escaleras mecánicas, cuentan en sus empresas de Centros de Formación en tecnologías propias o de terceros”.

Debe señalarse que la afirmación de que es imposible que técnicos de Kone tengan este tipo de experiencia no aparece acreditada en la reclamación ni tampoco que la formación en mantenimiento solo pueda impartirla Schindler y no se pueda adquirir por otro medio, tratándose 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, correspondiendo la carga de la prueba al reclamante, 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 J.C.L. y don M.T.G., en nombre y representación de Schindler, S.A., contra la adjudicación del lote 3 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 3, mantenida por el Tribunal con fecha 4 de diciembre 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.