

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

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

VISTA la Reclamación interpuesta por don C.T.C., en nombre y representación de la empresa Alfabus Europa, S.R.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. de fecha 26 de noviembre de 2018, por la que se excluyó de la licitación en el contrato de “Suministro de 35 Autobuses Eléctricos Estándar de 12 Metros a EMT de Madrid en el Año 2019 (Expediente 18/137/2)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 de octubre de 2018 la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A., en adelante EMT, convocó en su perfil del contratante la licitación correspondiente al procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado. Asimismo la convocatoria fue publicada el 17 de octubre de 2018 en el DOUE, el 22 de octubre de 2018 en el BOE.

El valor estimado del contrato asciende a 20.300.000 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

En fecha 26 de noviembre de 2018 la Mesa de contratación acordó no tomar en consideración la oferta de la empresa al no cumplir los criterios de solvencia técnica exigida en los PCAP, realizándose la notificación telemática de dicho acuerdo el 11 de diciembre de 2018.

Tercero.- Con fecha 18 de diciembre de 2018 la empresa Alfabus Europa presenta reclamación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la EMT por la que se acuerda no tomar en consideración la oferta de la recurrente al no acredita la solvencia técnica exigida en PCAP por no haber vendido en la zona de la Unión Europea un mínimo de 10,5 autobuses urbanos correspondientes al 30% de los vehículos objeto de compra que, además, han de ser del modelo ofertado a este procedimiento, o modelo anterior de la misma familia a la ofertada, y además porque el procedimiento de licitación tiene por objeto la compra de autobuses eléctricos y el licitador únicamente acredita la venta de autobuses de combustión.

Cuarto.- El 20 de diciembre de 2018, la EMT remitió copia del expediente y el informe a que se refiere 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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) y el artículo 3 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 las Reclamaciones formuladas en los contratos sometidos a la LCSE.

Segundo.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en 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”*, al ser licitadora en el procedimiento de contratación.

Se acredita asimismo la representación con que actúan los firmantes de las reclamaciones.

Tercero.- Las reclamaciones se interpusieron contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la EMT de 26 de noviembre de 2018 que acordó no tomar en consideración la oferta de la empresa al no cumplir los criterios de solvencia técnica exigida en los PCAP, solicitando la anulación de la decisión de exclusión

Cuarto.- El acto es susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.b) 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, al calificarse como contrato de suministro de transportes.

La reclamación se presentó el 18 de diciembre de 2018 dentro del plazo legalmente establecido.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la reclamación se fundamenta en tres motivos:

I.- El informe que acuerda la exclusión de la oferta no está motivado y no es razonable, siendo arbitraria en consecuencia su resolución.

II.- Existe error en la calificación de la documentación técnica que acredita el cumplimiento de las prescripciones técnicas: apartado G.1 relativo a la solvencia técnica que establece las prescripciones técnicas de acceso a la licitación.

III.- Infracción de la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Respecto al primer y segundo motivo se va a proceder a su análisis conjunto dadas las evidentes conexiones que existen entre ambos, dado que la motivación de la causa de exclusión está relacionada con la interpretación que el órgano de contratación hace de las prescripciones técnicas al analizar su solvencia.

El PPT establece en su apartado G.1:

SOLVENCIA TECNICA Y/O PROFESIONAL Y DOCUMENTACIÓN PARA ACREDITARLA. HABILITACIÓN EMPRESARIAL.

SOLVENCIA TÉCNICA.

“Se deberá presentar una declaración responsable del licitador indicando la cantidad de autobuses urbanos del modelo ofertado en este procedimiento, o modelo anterior de la misma familia, vendidos en los últimos 3 años en los distintos países de la UE, indicando los modelos de autobús y los operadores de transporte a los que fueron vendidos, agrupados por países.

Se considerará cumplida la solvencia técnica si el número de unidades vendidas en dicho plazo, del modelo de autobús ofertado, es como mínimo el 30 % de la cantidad total objeto de compra de este pliego. Se deberá acompañar documentación que acredite dicho extremo (facturas, contratos y actas de entrega de los vehículos,...)”

En el Pliego de Condiciones se establecen las condiciones particulares y técnicas para el suministro de 35 autobuses eléctricos estándar de 12 metros, a EMT de Madrid en el año 2019. En este sentido señala:

“Los vehículos a adquirir serán de propulsión eléctrica y no emplearán ningún tipo de combustible fósil para el funcionamiento de ninguno de los sistemas del

vehículo, ni para el sistema de calefacción/climatización ni para ningún otro, disponiendo como única fuente de energía, la energía eléctrica almacenada en sus baterías, que deberá ser la suficiente para la prestación diaria del servicio asignado al vehículo sin posibilidad de efectuar cargas parciales de oportunidad durante el mismo. La única recarga de baterías se efectuará durante la noche en las instalaciones de EMT a las que estén asignados los vehículos, disponiéndose de un tiempo máximo de 5 horas para la carga total de las mismas.

El equipamiento de los vehículos incluye el cargador de baterías, tanto si es externo como interno a los mismos. El cargador deberá ser susceptible, con independencia de los valores nominales de sus prestaciones, de poder trabajar en rangos de potencia en el entorno de 100 Kw o inferiores. La prueba para determinar el tiempo de carga se realizará conforme a lo que se indica en el punto 2 de este Pliego. El grado de protección del cargador será 1P65.

La autonomía mínima del vehículo será la suficiente para prestar servicio durante 14 horas, a una velocidad comercial media de 14 km/h, y se medirá en los ensayos que se realizarán en las instalaciones de EMT, de los que se adjunta protocolo en el anexo XII de este pliego. El exceso de autonomía sobre estas cifras será valorado como criterio de adjudicación según se especifica en el Cuadro de Características Específicas.

Las ofertas que superen el tiempo máximo de carga indicado o que no alcancen la autonomía mínima exigida quedarán excluidas de la licitación.

El resto de características que deberán cumplir los autobuses son las indicadas en el apartado 20 del presente pliego.”

El criterio de solvencia exigido en el PPT en su apartado G.1 resulta claro en su contenido, al referirse a “*la cantidad de autobuses urbanos del modelo ofertado en este procedimiento, o modelo anterior de la misma familia, vendidos en los últimos 3 años en los distintos países de la UE*”, si bien, de acuerdo con las alegaciones planteadas por el recurrente, podrían generarse dudas respecto al término “*o modelo anterior de la misma familia*”. Resulta necesario, en primera instancia, aclarar este extremo ya que el recurrente alega que los vehículos aportados para la solvencia técnica deben ser tenidos en cuenta ya que cumplen los requisitos previstos en el Pliego bajo el paraguas de esa calificación.

A este respecto hay que señalar que el término “*familia*” no tiene una definición técnico-jurídica que nos permita, en el caso que nos ocupa, determinar de manera clara que tipos de autobuses se incluyen en la misma familia de acuerdo con los modelos exigidos en el Pliego del contrato, cuyo objeto, como se ha señalado anteriormente, queda claramente definido (35 autobuses eléctricos estándar de 12 metros).

Al objeto de realizar una interpretación adecuada, resulta conveniente traer a colación lo previsto en el artículo 89.1.a) de la LCSP “*En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:*

a) *Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos...*”.

Como vemos, la propia Ley habla de “*suministros realizados de igual o similar naturaleza*”, por consiguiente es razonable interpretar que cuando el pliego se refiere a “*modelo de la misma familia*”, debe entenderse a modelos de similar naturaleza.

Parece evidente, desde un punto de vista tecnológico, que no son de similar naturaleza un autobús eléctrico que otro que utilice una tecnología de combustión, híbrida o cualquier otra que no sea eléctrica. En este sentido, el órgano de contratación habla acertadamente de una “*misma familia tecnológica*”.

Por tanto, queda meridianamente claro que la solvencia exigida en el Pliego se refiere a modelos de autobuses con tecnología eléctrica, sin que sean computables a efectos de acreditar la solvencia técnica los modelos que no utilicen dicha tecnología.

Esta argumentación quedaría reforzada incluso con las alegaciones realizada por el propio reclamante para fundamentar el motivo tercero del recurso, pero que resulta pertinente traer aquí a colación.

En efecto, alega el reclamante *“Por último, existe un precedente muy esclarecedor en el que intervinieron tanto la entidad contratante, EMT MADRID, como mi representada, ALFABUS EUROPA, S.R.L. a través de la sociedad KERSAN OTOMOTIV SVT, A.S.*

En el anterior concurso ejecutado EMT Madrid, Ref. 17/107/2 en relación a la expresión “vehículos de la misma familia” se especificaba en el Pliego de Condiciones:

“Se presentará declaración responsable del licitador indicando la cantidad de autobuses / minibuses del modelo ofertado en este procedimiento, o de similares dimensiones de mecánica tradicional, vendidos en los últimos 2 años en los distintos países de Europa y EE.UU., indicando los modelos de autobús y los operadores de transporte a los que fueron vendidos, agrupados por países. Será requisito indispensable de solvencia del licitador que el número de unidades de propulsión eléctrica, vendidas y entregadas en dicho plazo sea, como mínimo, de 15 unidades o que el número de unidades de propulsión no eléctrica, vendidas y entregadas en dicho plazo sea, como mínimo, de 100 unidades...”.

En el referido Concurso (Ref. 17/107/2) mi representada realizó LA MISMA INTERPRETACIÓN en relación a la expresión “vehículos de la misma familia”, aportando las ventas realizadas de los mismos modelos en Europa que se han vuelto a proporcionar para el expediente Ref. 18/137/2, no obteniendo en el primer concurso ninguna calificación de exclusión por no superar la acreditación técnica. De hecho el precitado procedimiento de licitación del año 2017 quedó desierto (el lote nº 1) al no cumplir ningún licitador el plazo otorgado por la entidad contratante. Sin embargo, no hubo ninguna exclusión en la fase de apertura de sobres con las ofertas por incumplir criterios de solvencia técnica a pesar de que la licitación también tenía por objeto autobuses y minibuses de propulsión eléctrica, y ello pese a que en el anuncio de adjudicación se excluyen finalmente a los licitadores por “no cumplir los plazos de entrega” y “no poseer un autobús de las características exigidas en el pliego”.

En ningún momento se excluyó a un licitador en la fase de apertura de sobres. No habiéndose producido ningún cambio normativo en la homologación y/o clasificación comunitaria de los autobuses con posterioridad a la tramitación de la referida licitación, debemos concluir que la clasificación técnica de los modelos es la misma, independientemente de si son eléctricos o poseen otra fuente de propulsión, siempre que estén aprobados y homologados por la normativa comunitaria para ser incluidos en esa familia o clasificación técnica”.

El recurrente pretende con su argumentación equipar la solvencia técnica exigida en ambas licitaciones, pero pasa por alto que en la licitación a que hace referencia se permitía de manera expresa “...o que el número de unidades de **propulsión no eléctrica**, vendidas y entregadas en dicho plazo sea, como mínimo, de 100 unidades...”.

Sin embargo en el caso que nos ocupa, no se permite acreditar solvencia técnica con autobuses de propulsión no eléctrica, lo que refuerza, en contra de lo que pretende el recurrente, la interpretación mantenida anteriormente.

Por tanto, al no acreditar la recurrente el número mínimo de autobuses de tecnología eléctrica vendidos en el ámbito de la Unión Europea (10,5) no acreditaría la solvencia técnica exigida en el PCAP.

Por ello, la segunda pretensión referente a error en la calificación de la documentación técnica que acredita el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe ser desestimada.

Respecto al primer motivo del recurso referido a la falta de motivación de la exclusión, en base a todo lo señalado anteriormente, hay que considerar que la empresa a juicio del órgano de contratación no cumplía los requisitos de solvencia técnica, comunicándole este extremo mediante escrito de 23 de noviembre de 2018, señalándole la documentación a aportar. Así mismo, el 7 de diciembre de 2018 se remitió carta explicativa de la exclusión en respuesta a las alegaciones presentadas por la recurrente en donde se hace constar que “...este requisito no se cumple por el

licitador pues no ha acreditado haber vendido vehículos eléctricos en los tres últimos años en la Unión Europea...”.

La causa de la exclusión por incumplimiento de la solvencia técnica resulta clara, sin que sean necesarias mayores precisiones que permitieran conocer al licitador el alcance de la misma.

Por ello, el recurso debe ser desestimado por este motivo.

Respecto a la tercera causa de impugnación, el reclamante alega infracción de la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haciendo referencia a la Directiva 92/50/CEE en lo referente a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ella, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades para la ejecución del contrato. Considera que tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él (véase, en el mismo sentido, en relación con las Directivas 71/304 y 71/305, la sentencia Ballast Nedam Groep I, antes citada, apartado 15).

Por consiguiente, concluye, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicataria las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.

El reclamante se está refiriendo a los supuestos de integración de la solvencia por medios externos regulados en el artículo 75 de la LCSP y 27 de la LCSE. En este sentido, la reclamante considera que no se ha permitido la integración regulada por las citadas disposiciones.

La integración planteada por la reclamante se refiere a ventas de autobuses en el mercado chino por otras empresas, que si bien como señala la empresa constituye el mercado más importante a nivel mundial, cosa que no se pone en duda, incumple lo previsto en el Pliego, ya que las ventas han de referirse al ámbito de la Unión Europea, por lo que no procede su integración para acreditar la solvencia.

Por tanto, esta pretensión debe ser desestimada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, 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 interpuestas por don C.T.C., en nombre y representación de la empresa Alfabus Europa, S.R.L., contra el acuerdo de Mesa de contratación de 26 de noviembre de 2018 de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. de fecha 26 de noviembre de 2018, por la que se excluyó de la licitación en el contrato de “Suministro de 35 Autobuses Eléctricos Estándar de 12 Metros a EMT de Madrid en el Año 2019 (Expediente 18/137/2)”.

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 sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 108 de la LCSE.