



Recurso nº 232/2011

Resolución nº 268/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de noviembre de 2011.

VISTA la reclamación interpuesta por Doña M.S.B.J en su propio nombre, y en representación de DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, SL y de la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD, contra el anuncio de licitación, el pliego de condiciones particulares y demás documentos contractuales que han de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, del servicio de “Consultoría y asistencia para la elaboración y el control de la información relativa a la subcontratación y seguimiento de las medidas de carácter social durante la ejecución de las obras en el ámbito de la Dirección General de Operaciones e Ingeniería de ADIF”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF, en lo sucesivo) convocó mediante anuncio publicado en el Diraió Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, el día 23 de septiembre de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios antes citado, con un valor estimado de 1.000.000 euros, estableciéndose como fecha límite de presentación de las ofertas el día 15 de noviembre de 2011.

Segundo. Contra los apartados G y H del Cuadro de Características del Pliego de Condiciones Particulares (PCP, en delante), referidos respectivamente a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la empresa y a la acreditación de la



solvencia técnica particular y al compromiso por parte de los licitadores de la adscripción al contrato de medios materiales o personales, se interpuso reclamación por Doña M.S.B.J, actuando tanto en su propio nombre como en representación de DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, SL (en adelante, DARZAL) y de la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD (en adelante, ECSYS), mediante escritos que tuvieron entrada en el registro de este Tribunal los días 17 y 28 de octubre de 2011, en los que, tras formular las consideraciones que estima convienen a la defensa de su derecho, termina solicitando que se dé a su escrito de reclamación el trámite correspondiente a su derecho, si bien del contenido de la reclamación lo que se deduce es la solicitud de nulidad de los apartados G y H del Cuadro de Características del PCP, en cuanto a la exigencia en los mismos, en un caso (apartado G) de experiencia durante los últimos tres años en el control de la subcontratación de obras ferroviarias, y en otro (apartado H), de incluir en el equipo de personal que el licitador se compromete a adscribir para la ejecución del contrato, de un Licenciado en Derecho con una experiencia mínima de cinco años en trabajos de prevención en el sector de la construcción y/o explotación de infraestructuras ferroviarias, por entender la reclamante que no se ajusta a derecho su exigencia, siendo las mismas contrarias a los principios generales de la contratación (publicidad, concurrencia, transparencia, no discriminación, proporcionalidad e igualdad de trato).

En este punto interesa indicar que, con motivo de la subsanación de poderes solicitada por este Tribunal con fechas 21 y 28 de octubre, Doña M.S.B.J amplía el contenido de su reclamación al apartado G del Cuadro de Características del PCP en los términos antes expuestos –pues en su escrito inicial, con fecha de entrada en el registro de este Tribunal 17 de octubre de 2011, sólo impugnaba el apartado H- añadiendo asimismo que interpone la misma también en su propio nombre. Si bien es cierto que las solicitudes de subsanación remitidas por este Tribunal únicamente persiguen reparar las deficiencias observadas en la reclamación inicialmente interpuesta por la reclamante en los términos previstos en el artículo 104.5 de la LCSE, en la medida que el escrito de subsanación, con fecha de entrada en el registro de este Tribunal de 28



de octubre de 2011, en el cual se amplía la reclamación inicial, ha tenido lugar dentro del plazo previsto en la LCSP para impugnar los pliegos, este Tribunal no puede sino admitir la misma habiéndose dado traslado de ella a la entidad contratante para que efectue las alegaciones que considere convienen a su derecho.

A estos efectos es necesario señalar que en aquellos supuestos en los que la parte reclamante ha tenido acceso a los pliegos por medios electrónicos de manera que se desconoce la fecha en la que tuvo conocimiento de los mismos –supuesto éste aplicable al expediente de referencia-, es criterio de este Tribunal, mantenido en resoluciones anteriores (por todos, recursos 44/2010 y 89/2011), atendiendo a razones de seguridad jurídica, computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de las ofertas –en este caso el 15 de noviembre de 2011-, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores hayan tenido acceso a los mismos.

Tercero. La entidad contratante remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación, así como el correspondiente informe de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 105.2 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1.a) de la LCSE, en relación con el artículo 311.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante).

Segundo. Se han cumplido los requisitos de plazo para la interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la LCSE. Igualmente se cumple el requisito objetivo, es decir la reclamación se interpone contra el anuncio de licitación, el pliego de condiciones particulares y demás documentos contractuales que han de regir la contratación, acto éste contemplado en el artículo 310.2.a) de la LCSP.



Tercero. Sin embargo, antes de entrar en el análisis del fondo de la reclamación, es preciso resolver el asunto relativo al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición de la presente reclamación, toda vez que la entidad contratante en su informe ha formulado alegaciones en el sentido de que la representante de las ahora reclamantes –DARZAL y ECSYS- no acredita suficientemente su representación.

Efectivamente este Tribunal no puede sino admitir lo alegado por la entidad contratante. Así, examinada la documentación aportada por Doña M.S.B.J, tanto en su escrito de reclamación inicial como en su contestación a los escritos de subsanación de poderes realizados por este Tribunal con fechas 21 y 28 de octubre mediante correo electrónico, para acreditar que actúa como representante de DARZAL y ECSYS se observa, respecto de DARZAL que la escritura de apoderamiento que aporta le faculta para *“Firmar con cualesquiera organismos tanto oficiales como privados (...) todo tipo de licitaciones que tenga por conveniente, en los términos y demás condiciones que libremente determine, pudiendo aportar y retirar todo tipo de documentación administrativa y técnica que fuere preciso para efectuar cualquiera licitaciones (...)”*, sin que se incluya entre sus facultades la de interponer recursos o reclamaciones en representación de la sociedad citada. Como justificante de la representación de ECSYS se aportan sus estatutos los cuales no acreditan la legitimación de Doña M.S.B.J para recurrir o reclamar en nombre de la citada Asociación.

En este sentido el artículo 104.4 de la LCSE establece que *“En el escrito de interposición se hará constar el acto reclamado, el motivo que fundamente la reclamación, los medios de prueba de que pretenda valerse el reclamante y, en su caso, las medidas cautelares mencionadas en el artículo anterior, cuya adopción solicite.*

A este escrito se acompañará:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro procedimiento pendiente ante el mismo órgano, en



cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.”

La solicitud de subsanación es un acto de trámite que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), no precisa motivación.

Asimismo, la LRJAP-PAC en su artículo 32.3 establece que *“Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.”*

La documentación aportada por la reclamante para justificar que actúa como representante de DARZAL y ECSYS, no acredita la representación específica para interponer recursos o reclamaciones en nombre de las mismas.

La no presentación del poder que acredite la representación debe considerarse como un vicio que impide la válida continuación del procedimiento. Procede, por tanto, inadmitir la reclamación por carecer la firmante de la representación necesaria.

Cuarto. Corresponde a continuación examinar la legitimación activa de la ahora reclamante, a la vista del escrito de subsanación de fecha 25 de octubre de 2001 –con entrada en el registro del Tribunal el 28 de octubre- presentado por Doña M. S. B., en el cual además de añadir al contenido de la reclamación inicialmente interpuesta la impugnación del apartado G del Cuadro de Características del PCP, indica que la reclamación la interpone asimismo en su propio nombre y derecho.

A este respecto, procede traer a colación lo previsto en el artículo 102 de la LCSE, conforme al cual: *“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”.

El criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente: *“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).*

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su



legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

Especial interés reviste la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 2003, RJ 2003\8388, que resume la doctrina jurisprudencial del mismo en relación con esta cuestión, recogiendo los argumentos establecidos en la Sentencia más arriba reproducida a los que debe añadirse la siguiente consideración: *“Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9331, la legitimación «ad causam» conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la Sentencia de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3337), se parte del concepto de legitimación «ad causam» tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente.”*

Es cierto que a la luz de la jurisprudencia anteriormente expuesta debe considerarse que el artículo 102 de la LCSE permite reclamar a los licitadores y aspirantes a serlo o colectivos que les agrupen o representen, así como a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, como parece ser el caso de la reclamante, pero también lo es que en la acción ejercitada debe estar presente tal interés. En el caso que nos ocupa, más allá de la defensa genérica de la legalidad, parece que el interés que preside la reclamación interpuesta es el de la defensa de los intereses de las empresas que operan en el ámbito de seguridad y salud. Carece la



reclamante de tal facultad, pues como hemos visto en el apartado anterior no acredita la representación de la Asociación ECSYS.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior este Tribunal entiende que la reclamante carece de legitimación activa para presentar reclamación contra los PCP que han de regir la presente licitación.

Quinto. Procede asimismo reseñar que, si bien la reclamante en su escrito se refiere al incumplimiento por parte de ADIF de la Instrucción Interna de la entidad para la gestión de los contratos afectados por la Disposición adicional 11 de la LCSP, lo cierto es que el régimen jurídico aplicable al contrato ahora reclamado, respecto de su preparación y adjudicación, es la LCSE tal y como se pone de manifiesto en el apartado N del Cuadro de Características del PCP. De acuerdo con ello, las referencias que hace la reclamante en su escrito respecto al incumplimiento de la citada Instrucción, en concreto se refiere al incumplimiento por los apartados impugnados -G y H- del Cuadro de Características del PCP de los principios de la contratación, deben entenderse referidos al artículo 19 de la LCSE en el cual se recogen los mismos. En concreto el citado artículo dispone lo siguiente: *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*.

Sexto. No obstante lo anterior, a la vista del expediente y del informe emitido por ADIF, este Tribunal quiere señalar que, aún en el supuesto de haberse admitido legitimación activa a la reclamante, hubiera procedido desestimar la reclamación interpuesta, pues la reclamante se limita a señalar respecto de los apartados G y H del Cuadro de Características del PCP que impugna meros juicios de valor que en ningún caso motiva.

Con carácter previo al examen de los apartados del PCP impugnados, visto que el régimen jurídico aplicable al contrato respecto a su preparación y adjudicación es la LCSE, conviene traer a colación el artículo 40 de la LCSE según el cual *“Las entidades*



contratantes que fijen criterios de selección en un procedimiento abierto deberán hacerlo según normas y criterios objetivos que estarán a disposición de los operadores económicos interesados”.

De acuerdo con el citado precepto corresponde a la entidad contratante, en este caso ADIF, establecer los requisitos de solvencia que resulten exigibles a los potenciales licitadores, requisitos éstos que deben ser objetivos –de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la LCSE antes reproducido- y cumplir además como consecuencia lógica de los principios que rigen la contratación -contenidos en el artículo 19 de la LCSE antes reproducido- con los principios de proporcionalidad y no discriminación, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias de solvencia establecidas y otros no.

Así, respecto del apartado G del Cuadro de Características del PCP se impugna la exigencia de una experiencia durante al menos los tres últimos años en *“Control de la subcontratación en obras ferroviarias. Para ello habrán de presentar certificados de buena ejecución de estos trabajos, extendidos por el promotor, en contratos por un importe, de al menos, el 75% del presupuesto máximo de esta licitación o varios contratos cuya suma equivalga al mismo importe”*. La reclamante basa su impugnación en la afirmación siguiente: *“El control de la subcontratación forma parte integrante de las funciones de Coordinación de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de obras que sean en concreto, por lo que no se ajusta a derecho el hecho de que se exija certificado de dichos trabajos de subcontratación de obras ferroviarias”*. No obstante, la afirmación reseñada no puede admitirse por este Tribunal por cuanto, por un lado no aporta información adicional que permita comprobar la certidumbre de sus manifestaciones, obligación ésta que incumbe a la reclamante y no a este Tribunal, y por otro porque la exigencia contenida en dicho apartado es plenamente conforme con el objeto del contrato, pues resulta razonable que se exija como requisito de solvencia experiencia en el ámbito del sector ferroviario en cuanto que el servicio a contratar se desenvuelve en el ámbito de las obras ferroviarias, siendo además dicha exigencia plenamente proporcionada pues la misma se dimensiona tomando como referencia el precio de la licitación a contratar.



En cuanto a la impugnación del apartado H del Cuadro de Características del PCP, en este caso la reclamante impugna la exigencia de incluir en el equipo de personal que el licitador se compromete a adscribir para la ejecución del contrato, un Licenciado en Derecho con una experiencia mínima de cinco años en trabajos de prevención en el sector de la construcción y/o explotación de infraestructuras ferroviarias, alegando al respecto que *“Las funciones de asesoramiento jurídico en materia de prevención de riesgos laborales incluyen el asesoramiento jurídico en materia de explotación de cualquier tipo de infraestructuras, por lo que no se ajusta a derecho el hecho de que se exija un certificado de dichos trabajos en concreto, máxime cuando no existe en el ámbito de los planes de estudio de Derecho ninguna especialización en materia de asesoramiento jurídico en materia de explotación de infraestructuras ferroviarias”*. Al igual que en el supuesto anterior no pueden admitirse las manifestaciones de la reclamante pues, insistiendo en lo antes expuesto, es la propia especificidad del objeto del contrato –obras en el ámbito del sector ferroviario- la que justifica la experiencia en este campo, sin perjuicio de que la no existencia en los planes de estudio en el ámbito del Derecho de una materia relacionada con las infraestructuras ferroviarias tampoco puede ni debe ser un factor determinante para que no pueda requerirse la citada experiencia, precisamente uno de los fines que se persigue con la exigencia de una solvencia técnica concreta, y más concretamente cuando se trata de un compromiso de adscripción de medios personales –como es el caso- es la de tratar de asegurar el correcto desempeño de la prestación a contratar, configurándose la citada adscripción de medios no como una condición de idoneidad sino como una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios personales concretos, respetando evidentemente el principio de proporcionalidad, cuestión ésta que la reclamante no argumenta y que el Tribunal entiende debidamente cumplido. En este sentido apuntar que la LCSP, en su artículo 53, prevé expresamente esta posibilidad.

Finalmente la reclamante señala que las cláusulas impugnadas –apartados G y H del Cuadro de Características del PCP- incumplen los principios de la contratación (publicidad, concurrencia, transparencia, no discriminación, proporcionalidad e igualdad de trato), si bien no argumenta los motivos por los que las citadas cláusulas incumplen



dichos principios. Por tanto, en la medida que la reclamante no fundamenta dicho incumplimiento, esa ausencia de esfuerzo probatorio no puede ni debe ser suplido de oficio por este Tribunal el cual debe reconocer la falta de fundamentación de su pretensión lo que le llevaría a desestimar también en este punto su reclamación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir la reclamación interpuesta por Doña M.S.B.J en su propio nombre y en representación de las entidades DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, SL y de la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD, contra el anuncio de licitación, el pliego de condiciones particulares y demás documentos contractuales que han de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, del servicio de “Consultoría y asistencia para la elaboración y el control de la información relativa a la subcontratación y seguimiento de las medidas de carácter social durante la ejecución de las obras en el ámbito de la Dirección General de Operaciones e Ingeniería de ADIF”.

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 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

