

Recurso nº 1614/2023

Resolución nº 36/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de enero de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. L. M. A. C. en representación de CONTRATAS VILOR, S.L, contra la adjudicación del lote nº 3 de la licitación convocada por el ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) para contratar el *“Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de mejoras de muros de revestimiento de mampostería de en la red ferroviaria de interés general (RFIG) gestionada por ADIF”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consejo de Administración de ADIF anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 14 de noviembre de 2022 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 58.594.172 euros, cuyo objeto está dividido en tres lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y con las demás normas de desarrollo, aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos para la tramitación del expediente, abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, y emitidos los informes correspondientes, el 2 de junio de 2023 se propone la adjudicación del lote nº 3 del acuerdo marco a la empresa CONTRATAS VILOR, SL. Propuesta que es aprobada mediante resolución de 24 de junio de 2023. El 29 de junio de 2023 se le formula el requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP.

Recibida la documentación los servicios técnicos comunican el 18 de julio de 2023 que el PCAP exige una clasificación B-3-5 y el licitador acredita la clasificación B-3-3.

El 18 de julio de 2023 se le solicita aclaración a la empresa, la cual responde en correo electrónico que según consulta realizada el 20 de diciembre de 2022 la clasificación B-2-5 es suficiente.

El 20 de julio de 2023 la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de la oferta presentada por CONTRATAS VILOR, SL al no reunir la clasificación requerida por el PCAP, acordándose requerir la documentación del art. 150.2 LCSP a la siguiente empresa mejor clasificada.

Finalmente, el 31 de octubre de 2023 se dicta resolución de adjudicación y se comunica este acto y la no adjudicación el 10 de noviembre de 2023.

Cuarto. El día 13 de noviembre de 2023 tiene entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, y en el del órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación, presentado por la empresa CONTRATAS VILOR, SL, contra el acuerdo notificado el día 10 de noviembre.

Quinto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna de ellas.

Séptimo. Mediante resolución de la Secretaría de este Tribunal de 5 de diciembre de 2023, se acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Segundo. Resultan de aplicación la LCSP, y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Tercero. Se impugna el acuerdo de exclusión dictado en el procedimiento para la adjudicación de un acuerdo marco de un contrato de obras, regulados en los artículos 13 y 219 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los tres millones de euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.b) y 44.2.b) de la LCSP.

Cuarto. Notificado el acuerdo de exclusión el 10 de noviembre de 2023 debe considerarse que el recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

En efecto, el recurrente se alza contra el acuerdo teniendo por retirada su oferta por no cumplir la exigencia de clasificación contemplada en el Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares, por lo que la eventual estimación del recurso le permitiría ser reintegrado al procedimiento.

Sexto. La recurrente impugna el acuerdo de no adjudicación (en puridad, el acuerdo teniendo por retirada su oferta), comunicado conjuntamente con la resolución de adjudicación el día 10 de noviembre, alegando que la decisión es contraria a Derecho, al actuar el órgano de contratación en contra de sus propios actos y contradecir la respuesta dada sobre la clasificación por medio de la PLACE, siendo esta vinculante.

Señala la empresa que está acreditado que, previamente a la presentación de la oferta, se solicitó aclaración al órgano de contratación por medio de la PLACE sobre la exigencia de la clasificación B-3-XXX, con categoría variable en función de valor del lote, y, dado que, dicha clasificación se corresponde con la construcción de puentes de hormigón prensado, a la consulta el órgano respondió que la clasificación B-2 es suficiente, y que una empresa con esta categoría debería acometerlo. Por lo que la clasificación B-2-5 de la empresa, dice, es adecuada para ejecutar la obra.

Defiende la empresa que la respuesta dada es vinculante, por lo que la exclusión carece de fundamento, siendo la documentación presentada calificada favorablemente en su inicio por la Mesa de Contratación al abrir las ofertas, manifestando que se cumple con los requisitos de los Pliegos.

Por lo que procede anular la adjudicación y la exclusión de su oferta, y ordenar la retroacción de actuaciones con el fin de que continúe el procedimiento con la adjudicación a favor de la empresa mejor clasificada.

Séptimo. Por su parte el órgano de contratación informa que la respuesta a la aclaración solicitada debe darse por no dada, pues de su literalidad no se deduce que la oferta fuera a ser aceptada, sino que se presume que la empresa “*debería poder*” acometer la obra. Se dice que es al momento de presentarse las ofertas, y ser valoradas por los servicios técnicos de la entidad, cuando se observa que, evidentemente y tal como se había anunciado en el pliego, la clasificación requerida para poder ejecutar correctamente el presente contrato es la establecida en el pliego, sin que cupiera otra alternativa.

Señala el órgano de contratación que se ratifica el criterio sobre la clasificación requerida, entendiendo que el objeto de este contrato es la reparación de muros de mampostería no estructurales. Además, no existe experiencia previa en qué soluciones técnicas se van a aplicar a las reparaciones, que dependen de las inspecciones (en más de 1000 elementos) que se están realizando en la actualidad. Por lo que, en vista de la complejidad que pueden tener algunas las actuaciones a realizar, así como de la diversidad de elementos que pudieran tratarse, no puede descartarse que deba ejecutarse alguna estructura de hormigón pretensado y, por tanto, es de considerar como más adecuada a esas alternativas el mantenimiento de la clasificación recogida en los Pliegos.

Por otro lado, se afirma que el PCAP en el apartado II.3 del Cuadro de Características fijaba para el lote tres la clasificación del Grupo B, Subgrupo, Tipo de obra: Puentes, Viaductos y grandes estructuras, y categoría 5.

Esta sería, por tanto, la clasificación requerida, sin que quepa margen de duda por la literalidad del documento, cualquiera que fuera la respuesta a la consulta, siendo los Pliegos fuente del derecho para los licitadores, que aceptan los mismos al concurrir al concurso público.

Finalmente niega que haya vinculación para el órgano de contratación de tal forma que se haya vulnerado la doctrina de los actos propios, pues lo vinculante es el PCAP y no la respuesta dada a una consulta en la PLACE, y que el principio de economía procesal impide retrotraer el procedimiento para obtener un mismo resultado.

Octavo. Examinadas las cuestiones planteadas en el recurso, así como lo referido en el informe emitido por el órgano de contratación, constatamos que la clasificación exigida por el PCAP para el lote nº 3 correspondiente al Grupo B, Subgrupo 3 y la Categoría 5, en su apartado III.3. Esto no ha sido negado en el recurso, sino que su pretensión se fundamenta exclusivamente en la respuesta recibida a raíz de la consulta planteada con anterioridad a la presentación de la oferta, que sería vinculante y permitiría no aplicar el PCAP según las alegaciones del recurso.

Pues bien, dicho lo anterior, se constata que la empresa en su DEUC manifestó tener una clasificación que no era la exigida por el PCAP, pues la empresa manifiesta tener la

correspondiente a un Grupo B, Subgrupo 2 y Categoría 5. Luego, consultado el ROLECE por la Mesa de Contratación, se constata que tiene clasificación del Grupo B, Subgrupo 3 y Categoría 3 (documento 7 del recurso).

El Grupo 3 tiene por objeto la de *“puentes, viaductos y grandes infraestructuras”*. El Subgrupo 2 tiene por rúbrica la de *“De hormigón armado”*, y el Subgrupo 3, la de *“De hormigón pretensado”*.

La clasificación de una empresa en uno u otro subgrupo y categoría no es baladí, pues según el artículo 27 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la pertenencia a uno u otro vendrá dada en función de la disposición de los medios personales, materiales, organizativos y técnicos necesarios para la ejecución de los trabajos del subgrupo, así como de las habilitaciones o autorizaciones para el ejercicio de la actividad que en su caso se requieran, y siendo preciso que acredite alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Haber ejecutado obras específicas del subgrupo durante el transcurso de los últimos diez años.*
- b) Haber ejecutado en el último decenio obras específicas de otros subgrupos afines, del mismo grupo, entendiéndose por subgrupos afines los que presenten analogías en cuanto a ejecución y equipos a emplear.*
- c) Haber ejecutado, en el mismo período de tiempo señalado en los apartados anteriores, obras específicas de otros subgrupos del mismo grupo que presenten mayor complejidad en cuanto a ejecución y exijan equipos de mayor importancia, por lo que el subgrupo de que se trate pueda considerarse como dependiente de alguno de aquéllos.*
- d) Cuando, sin acreditar haber ejecutado obras específicas del subgrupo en el último decenio, acredite disponer de suficientes medios financieros, de personal experimentado en la ejecución de las obras incluidas en el subgrupo, y de maquinaria o equipos de especial aplicación al tipo de obras incluidas en el subgrupo. A tales*

efectos, se entenderá que dispone de suficientes medios financieros cuando su patrimonio neto acreditado fehacientemente a la fecha de tramitación del expediente, según el último balance de cuentas aprobadas, supere los importes fijados en la letra d del apartado 1 del artículo 35 para la máxima categoría de clasificación que pueda llegar a obtener en cualquiera de los grupos y subgrupos solicitados.

Por otro lado, la identificación de la categoría 3 o 5, se corresponde al valor estimado o valor medio anual del contrato de obra, y según el artículo 26 del Real Decreto 1098/2001, la categoría 3 corresponde si la cuantía es superior a 360.000 euros e inferior o igual a 840.000 euros, la categoría 4, si su cuantía es superior a 840.000 euros e inferior o igual a 2.400.000 euros, y la categoría 5, si su cuantía es superior a 2.400.000 euros e inferior o igual a cinco millones de euros

De lo expuesto se desprende que, si una empresa no ostenta la clasificación a la que se refiere el PCAP, carece a priori de la debida solvencia, toda vez que no acredita que disponga ni de medios materiales, ni de medios personales, ni experiencia, que le habilite para la ejecución del contrato con el valor estimado, o valor medio anual, que se licita.

Por otro lado, en aplicación del artículo 77.1. a) LCSP, dado el valor estimado del contrato, al contratista no se le permite acreditar su solvencia, si no ostenta la clasificación, mediante el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato.

Así lo dice el precepto:

“a) Para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores. Para dichos contratos, la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, con categoría igual o superior a la exigida para el contrato, acreditará sus condiciones de solvencia para contratar.”

Para los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, y que será recogido en los pliegos del contrato, acreditará su solvencia económica y financiera y solvencia técnica para contratar. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación como contratista de obras en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato”.

La cuestión de la solvencia es de vital importancia, toda vez que de acuerdo con el artículo 39 LCSP, serán nulos de pleno derecho los contratos por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

- a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.*

Por consiguiente, de adjudicarse el contrato a una empresa que no reúne la solvencia exigida este sería nulo de pleno derecho. Por lo que, inevitablemente, el contrato solo debe adjudicarse a las licitadoras que tengan la clasificación exigida por el PCAP, o superior, pues la clasificación exigida es la que identifica la solvencia necesaria para ejecutar el objeto del contrato.

Noveno. El recurrente entiende, según hemos dicho anteriormente, que el órgano de contratación, en respuesta a una consulta que formuló, aclaró que la clasificación exigible era la B-2, por lo que su clasificación (B-2-5) era suficiente.

El cuadro de características del contrato establece en su apartado 6 lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“Los interesados en el procedimiento de licitación podrán solicitar información adicional sobre los pliegos y, en su caso, demás documentación complementaria con una antelación de doce (12) días naturales a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones, por los medios señalados en este apartado o en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Con posterioridad a esta fecha no se facilitará información.

Dichas aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación tendrán carácter vinculante y se harán públicas en el perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.

El artículo 138.3, párrafo 2º de la LCSP regula las respuestas vinculantes ofrecidas por el órgano de contratación a las solicitudes de aclaración de los pliegos en los siguientes términos:

“En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.”

La doctrina del Tribunal sobre las aclaraciones realizadas por el órgano de contratación al contenido de la documentación reguladora del contrato se resume en la Resolución 256/2022 de 12 de marzo, en la que, en resumen, y a los efectos relevantes a la cuestión que nos ocupa, dijimos que el carácter vinculante de la respuesta debería siempre respetar el principio por el que esta no puede alterar los Pliegos sino interpretar su contenido.

Llegados a este punto, es preciso considerar las condiciones para la aplicación del principio de confianza legítima a la cuestión que nos ocupa (en tanto la previsión del artículo 138.2 de la LCSP antes referido no es sino concreción del principio en el ámbito de la contratación pública). El recurrente, además, invoca la vulneración del principio, en tanto entiende que el órgano de contratación, al tener por retirada su oferta, no se ha atendido a sus propios actos.

Hemos dicho, siguiendo una asentada jurisprudencia, que el principio de confianza legítima exige que las expectativas generadas en los particulares resulten de hechos concluyentes de la propia Administración y que no ampara desconocer normas de derecho imperativo (Resolución 385/2019 de 17 de abril). Sobre el primero de los requisitos enunciados, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3862), en la que dijo (el subrayado es nuestro),

“En fin, no se aprecia la infracción del principio de confianza legítima, que, como ha señalado esta Sala en sentencia de 21 de septiembre de 2000 (recurso 7562/1994, entre otras muchas), no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela (...)”.

En definitiva, las aclaraciones realizadas por el órgano de contratación deben producirse en términos suficientemente concluyentes para inducir una convicción psicológica en su receptor de que está dando una interpretación determinada a un aspecto de la documentación reguladora del contrato. Solo en este caso puede afirmarse que la respuesta del órgano de contratación desarrolla los efectos que nuestra doctrina, según hemos indicado antes, le atribuye.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la existencia de tal convicción psicológica no puede descansar exclusivamente en que el receptor de la aclaración considere que esta se produce. Es preciso, a juicio del Tribunal, tomar en consideración los términos en que tal aclaración se ha producido, teniendo en cuenta, además, que a quien licita con el sector público debe suponersele un conocimiento suficiente de la regulación de la contratación pública.

Estas reflexiones nos llevan a rechazar las tesis del recurrente. Ciertamente, no constituye una buena práctica, por parte del órgano de contratación, utilizar una fórmula configurada por la LCSP para garantizar el principio de igualdad de trato en supuestos de oscuridad de la documentación reguladora del contrato, como una suerte de foro de expresión de

opiniones y pretender, como pretende en su informe, que tales opiniones deban “(...) *entenderse no dadas*”. Pero también es evidente que el tenor de la respuesta dada por el órgano de contratación no autoriza a concluir que está modificando la clasificación exigida en los Pliegos. Primero, porque ni la expresión literal de la pregunta (que, además, ni siquiera está formulada como tal), ni el de la respuesta permiten concluir, ni en una interpretación generosa, que el órgano de contratación adopte una postura diferente de la establecida en el PCAP en lo referido a la exigencia de clasificación. Y, además, porque el mínimo conocimiento exigible a un licitador de la LCSP debería llevarle a concluir que la exigencia de solvencia (en este caso, la clasificación) debe especificarse en los Pliegos (artículo 74.2 y 122.2 de la LCSP); y que, consiguientemente, su alteración requiere la modificación de estos.

Procede, por lo dicho, desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L. M. A. C. en representación de CONTRATAS VILOR, S.L, contra la adjudicación del lote nº 3 de la licitación convocada por el ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) para contratar el *“Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de mejoras de muros de revestimiento de mampostería de en la red ferroviaria de interés general (RFIG) gestionada por ADIF”*.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES