



Recurso nº 225/2013

Resolución nº 198/2013

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

En Madrid, a de 29 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.E.G.P. en representación de BACKUP FILE, S.L. contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación convocado por RED.ES para contratar el “Servicio de digitalización de expedientes de nacionalidad” del Ministerio de Justicia, por procedimiento abierto, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de marzo de 2013, se convocó licitación por procedimiento abierto para la contratación del servicio mencionado, con un valor estimado de 661.157,02 €.

Segundo. El procedimiento de licitación se tramitó de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), habiéndose acordado la exclusión del procedimiento de licitación de BACKUP FILE, S.L. mediante acuerdo de la mesa de contratación notificado por correo electrónico el día 26 de abril siguiente, con fundamento en que *“la documentación aportada no acredita el cumplimiento del requisito de solvencia económica y financiera establecido en el apartado 7.1.a) del Pliego de Condiciones Particulares”*. Es de hacer notar que la documentación mencionada se aportó a requerimiento de la mesa de contratación con el fin de subsanar el defecto apreciado en el acto de apertura de la misma.

Cuarto. La empresa BACKUP FILE, S.L. ha presentado contra dicho acto de exclusión el presente recurso especial, que tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 10 de mayo de 2013, por el que solicita la anulación del acto impugnado y su admisión a la licitación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores el 20 de mayo del presente año, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo

estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen; sin que conste la presentación de las mismas.

Sexto. Con fecha 21 de mayo de 2013, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por la recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 del TRLCSP, siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 del mismo texto legal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que ha participado en el proceso de concurrencia, por lo que sus derechos e intereses legítimos se encuentran afectados por el acto recurrido.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.b) del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha en que se tuvo conocimiento del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 en relación con el 40.2. b) del tantas veces referido TRLCSP.

Quinto. La mercantil recurrente funda su recurso en que la exclusión acordada por no haber acreditado la solvencia económica y financiera no responde a la realidad de los hechos, pues subsanó el defecto mencionado al haber presentado las cuentas correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 en las que figuran como cifras de negocio 888.384,02 €, 1.153.982,58 € y 1.144.071,35 €.

Puesto que el presupuesto máximo correspondiente al primer periodo de vigencia del contrato es de 318.181,82 €, claramente se cumple en las cuentas de los dos últimos ejercicios el requisito contenido en el apartado 7.1.a) del pliego de condiciones particulares de que la cifra de negocios correspondiente a las últimas cuentas depositadas en el Registro Mercantil sea tres veces superior al importe del presupuesto máximo establecido en el apartado 5 del pliego.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que no se cumple el indicado requisito pues la cifra del presupuesto máximo a que se refiere el apartado 7.1.a) del pliego es la de 661.157,02 € resultante de sumar al presupuesto correspondiente al primer período de vigencia del contrato los 342.975,20 € correspondientes a los trabajos similares cuya repetición en el período de los tres años siguientes a la formalización del contrato podría ser acordada con el adjudicatario mediante procedimiento negociado, se supone que al amparo del artículo 174, letra c) del TRLCSP, aun cuando en el pliego no se mencione.

Sexto. Pues bien, centrados los términos del debate, corresponde ahora dar debida solución al mismo.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto que el núcleo del debate se centra en la determinación de qué se debe entender por presupuesto máximo del contrato a que se refiere el apartado 7.1.a) del pliego de condiciones particulares a la hora de establecer la base sobre la que gira el cálculo de la cifra mínima de negocio a acreditar.

El mencionado apartado dispone: *“El licitador deberá presentar el importe neto de la cifra de negocios correspondiente a las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o inicio de las actividades del empresario. Esta cifra deberá ser, al menos, TRES veces superior al importe del presupuesto máximo establecido en el apartado 5 del presente Pliego”*. Lo que nos impone analizar el contenido del apartado 5 para poder establecer el significado de esta referencia al importe del presupuesto máximo. Dicho apartado dispone que *“el presupuesto máximo del contrato asciende a SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE EUROS CON DOS CÉNTIMOS (661.157,02 €) impuestos indirectos aplicables excluidos. El presupuesto máximo del contrato para el período inicial de duración del mismo de 18 meses asciende a TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO OCHENTA Y UN EUROS CON OCHENTA*

Y DOS CÉNTIMOS (318.181,82 €), impuestos indirectos aplicables excluidos”. Con lo cual podemos observar que el pliego habla de dos presupuestos máximos del contrato, el primero de ellos referido al importe total de las prestaciones posibles del contrato pues en la cifra indicada de 661.157,02 €, estaría incluida la cantidad correspondiente al precio de ejecución durante el período inicial de duración del contrato, más el importe correspondiente a los trabajos similares cuya repetición en el período de los tres años siguientes a la formalización del contrato podría ser acordada a tenor de lo establecido en el apartado 3.5 del pliego y de conformidad con el artículo 174, letra c) del TRLCSP. El segundo, por el contrario, comprende exclusivamente el importe a pagar durante el primer período de duración.

Se trata, así pues, de una cuestión de interpretación de los distintos apartados del pliego.

Séptimo. Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre cuestiones de interpretación de los contratos. Ante todo, es necesario dejar constancia de que, a todos los efectos, los pliegos de condiciones o de cláusulas que los rigen han de ser considerados como documentos contractuales, pues conocida es la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo que los considera “*lex contractus*”, consideración ésta que aparece expresamente corroborada en las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, especialmente el artículo 145.1, a cuyo tenor “*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.

En nuestra resolución 2/2011, de 19 de enero, afirmábamos que “*no podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil*”. Al decir esto estábamos recordando el contenido del artículo 20 del TRLCSP, cuyo apartado 2, dispone en relación con los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de administración pública que “*en cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado*”. Pues

bien, no existiendo en el ordenamiento jurídico otras normas relativas a la interpretación de los contratos que las del Código Civil, a ellas deberemos acudir para determinar las que deben regir la interpretación. Este texto dispone en su artículo 1.281 que *“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”*, añadiendo para el caso contrario que *“si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”*. Lo cual nos obliga a revisar primeramente la redacción de las cláusulas para examinar si de ellas se puede deducir claramente, en este caso, cuál es la intención del contratante que las redactó.

A tal respecto, y como acabamos de ver, resulta claro que el apartado 5 del pliego, al hablar del presupuesto máximo del contrato, se refiere a dos supuesto distintos, el correspondiente al total de las prestaciones posibles, y el correspondiente a las prestaciones previstas como inicialmente exigibles. Así pues, del apartado 7.1.a), que se remite al 5 para determinar las condiciones de solvencia económica y financiera, nada cabe deducir acerca de a cuál de los dos supuestos se refiere. Ello nos lleva a la conclusión de que, no siendo posible establecer en base a él de forma objetiva cuál es la verdadera intención de los contratantes, debemos acudir a otros modos de interpretar el contenido de los pliegos, especialmente lo dispuesto en el artículo 1.285, a tenor del cual *“las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*. Con arreglo a este precepto, debemos acudir al contenido del apartado 3.5 del pliego en el que se establece la facultad de RED.ES de acordar con el adjudicatario la realización de trabajos similares durante el período de tres años a contar desde la formalización, hasta un importe total de 342.975,20 €, añadiendo que ésta es *“cuantía incluida en el Presupuesto Total del Contrato referido en el apartado 5 del presente pliego”*. La duda es si, de conformidad con esto, podemos considerar que para calcular la solvencia debe partirse como base, de la suma de esta cantidad con la correspondiente al primer período de duración del contrato, pues frente a lo que dispone el apartado 3.5 que acabamos de ver, ha de tenerse en consideración lo dispuesto en el apartado 5 ya citado: *“El importe de la proposición económica, impuestos indirectos aplicables excluidos, no podrá exceder de la cantidad de TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO OCHENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (318.181,82 €) - importe máximo que puede ser propuesto para el*

escenario hipotético de valoración de ofertas establecido en el último párrafo del apartado 4.1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Las proposiciones económicas que superen dicho importe, no serán tenidas en cuenta en el presente procedimiento de adjudicación". En efecto, si bien el primero de los apartados mencionados parece abonar la idea de que en el presupuesto máximo debe considerarse la suma de los dos conceptos antes indicados, el segundo, al referirse al importe del último de ellos exclusivamente, como cifra sobre la cual debe versar realmente la licitación, parece abonar la idea de que para determinar la solvencia financiera es preciso acudir realmente a esta última y no a la suma de las dos antes indicadas.

Una interpretación literal del apartado 7.1.a) del pliego, por tanto, no nos aclara la duda respecto de la conclusión a la que debemos llegar y, tampoco, la interpretación sistemática, es decir, la hecha atendiendo al conjunto de sus cláusulas.

Por ello, conviene acudir a los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la materia, teniendo en cuenta que, sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular, ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones. A este respecto, dejando al margen las sentencias de más antigüedad en que se hacía referencia de modo preferente a la interpretación literal de las cláusulas, conviene referirse a las más recientes en las que se acude de modo claro al elemento teleológico de la interpretación, si bien, en su mayoría, dichas sentencias, cuando aluden a tal elemento, lo hacen para referirse a la intención de los contratantes. Sin embargo, en lo que se refiere a la interpretación de los contratos públicos, en el momento actual, no debe olvidarse que en ellos las cláusulas, salvo rarísima excepción, se establecen por una sola de las partes, por lo que restringir la interpretación finalista al elemento subjetivo representado por la intención de las partes, debe carecer de la relevancia que alcanza en los contratos privados donde la norma es que ambos contratantes converjan en la determinación del contenido contractual. La consecuencia, por tanto, es que para determinar el elemento finalista en la interpretación de los contratos, debemos hacer abstracción, en no pocas ocasiones, de cuál fue la intención del contratante que fijó las condiciones de la licitación, máxime cuando, de no hacerlo así, puede resultar afectada la vigencia de alguno de los principios rectores de la contratación pública, que por ser principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, gozan de primacía en la aplicación. Significa ello que, para determinar el verdadero alcance de la

exigencia contenida en la cláusula 7.1.a) del pliego de condiciones tantas veces mencionada, debemos atender a la finalidad de la misma en razón de su condición de requisito cuya exigencia restringe la posibilidad de concurrir a la licitación y hacer de ella una interpretación lo más acorde posible con lo exigido por la aplicación de los principios comunitarios, especialmente, por lo que aquí interesa, con respecto al principio de libre concurrencia.

Pues bien, en tal sentido, es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Así se desprende de múltiples preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de modo muy especial de su artículo 1, que menciona como primera libertad a garantizar, la *“libertad de acceso a las licitaciones”*.

Bien es cierto que la necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto “Socchi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios. Así se desprende del artículo 62.2 del TRLCSP, al decir que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”*. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

Octavo. De cuanto antecede podemos concluir que, en el caso que nos ocupa en esta resolución, la interpretación que demos a los apartados del pliego de condiciones cuyo sentido resulta dudoso, debe ser lo más acorde con el principio de libre concurrencia, lo que se traduce necesariamente en una interpretación que no dé a los tales apartados un significado innecesariamente restrictivo. Pero al mismo tiempo debe resultar congruente con la finalidad de los requisitos de solvencia que permite exigir la Ley. En tal sentido, la

interpretación que se haga deberá tener en cuenta que con la exigencia de tales requisitos se pretende garantizar que el adjudicatario tiene capacidad, desde el punto de vista financiero, para ejecutar el contrato.

En el presente caso, estamos en condiciones de afirmar que no existe contradicción entre ambas exigencias pues, si atendemos al principio de libre concurrencia habremos de concluir que la interpretación más acorde con él es la que nos lleva a considerar que como base de cálculo para la solvencia debe estarse a la menor de las cantidades en cuestión, e igualmente debemos concluir si atendemos a la finalidad de la exigencia de los requisitos de solvencia financiera. En efecto, desde este último punto de vista resulta que la finalidad de la exigencia mencionada no es otra que la de asegurar la capacidad financiera del posible adjudicatario con respecto de la ejecución del contrato en licitación y, para ello, sin duda, resulta un dato más relevante el que atiende al importe de las prestaciones del contrato cuya ejecución resulta ser cierta con arreglo a sus cláusulas, que no al importe de unas hipotéticas prestaciones de naturaleza similar a ejecutar solamente si el órgano de contratación tuviera necesidad de ellas. Es obvio que la capacidad para ejecutar el contrato debe establecerse por la proporción existente entre el volumen de negocio ejecutado durante un ejercicio económico de la empresa (o algún múltiplo del mismo) y el importe de las prestaciones a ejecutar en el periodo de duración prevista del contrato, no durante el periodo de duración prevista de forma meramente hipotética.

En resumen, lo más acorde con el principio de concurrencia y con la finalidad de una cláusula que establece requisitos de solvencia financiera, es tomar como base para calcular ésta el importe del contrato referido a su período de duración inicialmente previsto, sin tomar en consideración otras contrataciones que posteriormente puedan producirse o no.

Todo lo anterior debe llevarnos a la estimación del presente recurso por ser obligado concluir que por presupuesto máximo del contrato debe entenderse el que debe servir de base para la licitación, es decir, 318.181,82 € tal como pretende la mercantil recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. C.E.G.P. en representación de BACKUP FILE, S.L. contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación convocado por RED.ES para contratar por procedimiento abierto el “Servicio de digitalización de expedientes de nacionalidad”, que se declara nulo, retrotrayendo las actuaciones al momento en que ésta se produjo a fin de que, admitida la recurrente, se tramite el resto del procedimiento con ella.

Segundo. Levantar la suspensión del acto impugnado acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. 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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.