



Recurso nº 103/2016

Resolución nº 185/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de marzo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. T.CH.N. y D. R.H.M., en nombre y representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES S.L., contra el acuerdo que dispone su exclusión del procedimiento de adjudicación del “servicio de mantenimiento integral de los ascensores de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61 (en lo sucesivo, FREMAP), convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 1 de diciembre de 2015, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea, licitación por el procedimiento abierto para la contratación del “servicio de mantenimiento integral de los ascensores de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”, con un valor estimado de 900.000 euros, a la que concurrió presentando oferta la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. El 21 de enero de 2016, la Mesa de Contratación procedió al examen de la documentación administrativa (sobre A) presentada por los distintos licitadores, a cuyas

resultas, el 22 de enero de 2016, se requirió a THYSSENKRUPP ELEVADORES S.L. para que, en el plazo máximo de dos días hábiles, procediera a subsanar ciertas deficiencias apreciadas en la documentación presentada, mediante la aportación, en lo que ahora interesa, de los siguientes documentos:

“En relación al Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas y respecto de la solvencia técnica o profesional (apartado a), referida a la relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos 5 años:

(...)

El licitador aporta 6 certificados referentes a la provincia de Pontevedra y limítrofes, pero 4 de ellos corresponden a residencias que no son hospitales con internamiento (Residencia Quercus, Residencia San Lázaro, Residencia de mayores de Lugo y Residencia Quavitae de Castro Riberas de Lea) por tanto deberá presentar 3 certificados más en relación a la referida provincia o limítrofes, conforme a lo señalado en el citado Anexo.

Además en los certificados que aporta referentes a la provincia de Pontevedra y limítrofes, no se indica si los ascensores han sido fabricados o no por el licitador u otra entidad de su grupo empresarial, por tanto deberá presentar al menos 1 certificado en el que se señale quien es el fabricante de los ascensores, que no debe coincidir con el licitador ni con ninguna entidad de su grupo empresarial, conforme a lo señalado en el citado Anexo. (Podrá presentar declaración responsable indicando el fabricante de los ascensores).

El licitador no indica en los certificados que aporta, el número de camas de los hospitales donde presta o ha prestado el servicio de mantenimiento, por lo que deberá presentar declaración responsable indicando este dato, incluido el dato de los nuevos certificados que aporte para subsanar.”

En el mismo requerimiento se transcribía el contenido del Anexo citado, que era del siguiente tenor:

“Criterios de solvencia:

Los licitadores deberán aportar cinco certificados de correcta ejecución firmados por la Gerencia de los Hospitales, en los que ha prestado servicios de mantenimiento de

ascensores en instalaciones hospitalarias en el periodo 2010-2014, sin establecer importe mínimo alguno, por cada provincia y/o limítrofes donde FREMAP disponga de hospital con internamiento con las siguientes características:

1. El número de camas por hospital será al menos el siguiente:

Madrid y limítrofes: 90 camas.

Sevilla y limítrofes: 90 camas.

Barcelona y limítrofes: 60 camas.

Pontevedra y limítrofes: 30 camas.

2. Al menos uno de los certificados de correcta ejecución por provincia hará referencia al mantenimiento de ascensores que no hayan sido fabricados por el licitador ni por alguna de las empresas que estén dentro de su grupo empresarial."

Cuarto. A resultas del citado requerimiento, la actora, sin perjuicio de aportar diversa documentación en relación con los extremos objeto del requerimiento, presentó un escrito de alegaciones anejo en el que manifestaba que, tal y como se había adverado con la documentación administrativa en su momento presentada, contaba con la debida clasificación, señalando que debía con ella tenerse por acreditada suficientemente su solvencia técnica.

Quinto. El 29 de enero de 2016, la Mesa de contratación dictó acuerdo, notificado ese mismo día, por el que disponía la exclusión de la oferta presentada por la actora, y ello, según se expresaba en el mismo, al observar que *"el licitador no presenta cinco certificados de correcta ejecución de haber prestado servicio de mantenimiento de ascensores en instalaciones hospitalarias en la provincia de Pontevedra y limítrofes, con un número de camas por hospital de al menos 30 camas, en el período 2010-2014, como se exigía en los Pliegos que rigen esta contratación, al presentar únicamente 2 certificados con dichas características"*.

Sexto. El 12 de febrero de 2016 la mercantil THYSSENKRUPP ELEVADORES S.L interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo de exclusión.

Séptimo. Recibido dicho escrito en este Tribunal, se le asignó el número 103/2016 dictándose el 18 de febrero de 2016 resolución por la que se acordaba conceder *“la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP”*.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, siendo así que, a sus resultas, el 22 de febrero de 2016 la mercantil SCHINDLER S.A. presentó escrito por el que interesaba su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), al ser FREMAP un poder adjudicador vinculado a la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido se incardina en un procedimiento de licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40.1.a), en relación con el artículo 16 y el 40.2.b), todos ellos del TRLCSP.

Tercero. De igual modo, debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto. No cabe dudar de la legitimación de la actora que, habiendo sido excluida de la licitación, pretende que tal exclusión sea anulada.

Quinto. El recurso interpuesto descansa en un único fundamento, a saber, que no cabe excluir a la actora por falta de acreditación de la solvencia técnica, en tanto contaba con la clasificación adecuada para el tipo de contrato objeto de licitación. En efecto, la recurrente admite que no aportó en su totalidad ni en los precisos términos allí previstos, los documentos requeridos en el Anexo VI del Pliego, pero sostiene que, ello no obstante, debe tenerse por acreditada dicha solvencia al contar con clasificación bastante.

Entiende la actora que, si bien es cierto que, tratándose de un contrato de servicios licitado por un poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública, no era exigible la clasificación, ex artículos 65.5 y 65.1.b) TRLCSP, y, por tanto, nada cabe objetar a que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no la requiriera (tal y como resultaba del punto 12.1 del cuadro resumen, así como del apartado A.10 y del Anexo VI del citado Pliego), ello no impide que aquéllos licitadores que cuenten con clasificación suficiente puedan con ella tener por acreditada la solvencia técnica exigible. Invoca en fundamento de su tesis la dicción del artículo 74 TRLCSP y del artículo 46 RGLCAP, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

El órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, se opone a la estimación del recurso, afirmando que la cláusula A.10 del PCAP es clara y expresiva al señalar que *“dada la condición de FREMAP como poder adjudicador no Administración Pública, y el carácter potestativo que tiene para los mismos exigir una determinada clasificación a los licitadores, solo será admisible la clasificación presentada por el licitador para acreditar la solvencia cuando se haya exigido expresamente en los Pliegos o cuando se haya admitido como un medio alternativo de los indicados en los Pliegos para acreditar la solvencia para la contratación licitada”*, siendo así que en el punto 12 del cuadro resumen se expresaba, con rotundidad, que no era exigible la clasificación. Consecuentemente, sostiene el órgano de contratación, no exigiéndose la clasificación ni previéndose expresamente su admisión como medio alternativo para acreditar la solvencia, la recurrente debió haber acreditado su solvencia técnica, ineludiblemente, con arreglo a lo previsto en el Anexo VI del PCAP, en el cual, tal y como establecía la citada cláusula A.10, se explicitaban, en términos vinculados y proporcionados al objeto del contrato, las *“condiciones mínimas de solvencia que deba reunir el empresario para la contratación”* y *“la documentación requerida para acreditar los requisitos mínimos, entre los previstos en los artículos 75 a 79 Bis del TRLCSP, siendo la documentación solicitada el único medio de acreditar la solvencia”*.

De esta forma, alega el órgano de contratación, siendo el pliego ley del contrato y habiendo sido consentido por la actora al no interponer contra él recurso alguno, en la medida en que la recurrente no llegó a presentar, no obstante el requerimiento de subsanación a tal fin formulado, la imprescindible documentación acreditativa que le era exigida, debe convenirse

en la procedencia de la exclusión, que no puede ser objetada por el simple expediente de hacer referencia a la efectiva disposición de clasificación en vigor bastante.

Sexto. Planteados así los términos de la controversia, es evidente, y sobre este punto no cabe duda alguna, que el artículo 65.5 TRLCSP configura como meramente potestativa la exigencia de clasificación por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, siendo lo cierto, a mayor abundamiento que el artículo 65.1.b) explicita que *“para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario”*.

Ahora bien, siendo ello indiscutible, no es ésta la cuestión esencial para la resolución del presente recurso, sino, muy al contrario, la de si, tal y como sostiene la actora, con arreglo a nuestra legislación contractual es dable a cualquier licitador, incluso cuando no se exija contar con la debida clasificación, tener con ella por acreditado el requisito de solvencia técnica con abstracción de los concretos documentos que, para advenir los específicos requisitos de solvencia en él plasmados, recoja el pliego de aplicación.

En este punto, debe anticiparse, comparte este Tribunal la tesis de la actora.

En efecto, debe tenerse presente que el artículo 74 TRLCSP, tras afirmar en su apartado 1 que *“la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79”*, establece en su apartado 2, en términos suficientemente elocuentes, que *“la clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo que aquéllos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma”*.

Dicha previsión debe ponerse en conexión con la contenida en el artículo 65.1.b), que, tras expresar que no será exigible la clasificación para los contratos de servicios, añade que, ello no obstante, *“en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 75 y 78 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes,*

atendiendo para ello al código CPV del contrato”, añadiendo que “en tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación 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”.

De igual modo, debería tenerse presente lo previsto en el artículo 79.bis TRLCSP, que, tras establecer que *“la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos”,* añade que *“en todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo.”*

Ciertamente, cabría entender que la obligación de inclusión en los pliegos de los *“requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 75 y 78 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible”,* contenida en el artículo 65.1.b) TRLCSP y reiterada en el artículo 46 RGLCAP, tras la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, únicamente es aplicable a las Administraciones Públicas, atendido lo previsto en el ya referido artículo 65.5 TRLCSP.

De igual modo, es bien sabido que la entrada en vigor del artículo 79 bis tendrá lugar, tal y como expresa la Disposición transitoria cuarta TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013, *“conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos”,* en términos que hacen dudosa su efectiva vigencia.

Sin embargo, no puede dudarse de la plena vigencia del artículo 74 antes citado así como de que lo en él previsto tiene un evidente alcance general, que no se circunscribe exclusivamente a las Administraciones Públicas.

En este contexto, es dable citar la resolución 183/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que, tras referirse a la dicción de los precitados artículos 65 y 79 bis TRLCSP, afirma rotundamente que cabe a todo licitador acreditar la solvencia técnica mediante la correspondiente clasificación con independencia de que sea o no exigible y de que la licitación haya sido convocada o no por una Administración Pública. Dice así:

“La nueva redacción del TRLCSP dada por la Ley 25/2013, acepta las interpretaciones de la normativa anteriormente vigente, por ello, a pesar de la complejidad de la declaración de no vigencia del nuevo texto contenida en la disposición transitoria cuarta, la interpretación ha de acomodarse a la intención del legislador y la interpretación conjunta de los artículos 74 y 79 bis conduce a considerar que debe admitirse la clasificación para acreditar la solvencia en aquellos supuestos en que esta no sea exigible, bien porque el contrato no alcance el umbral del valor estimado necesario para su exigibilidad o bien porque se trate de un poder adjudicador no incluido dentro del ámbito subjetivo de la exigibilidad de clasificación. Esta interpretación resulta además de dar un tratamiento igualitario a la empresas que acreditan su solvencia a través del documento de clasificación previa o a través de los documentos acreditativos previstos en cada pliego independientemente de si licitan en una convocatoria de un poder adjudicador o de una Administración Pública, pues resultaría contradictoria la interpretación que sostenga que teniendo solvencia para contratar con una Administración, al admitirse como prueba de solvencia la clasificación, esa misma acreditación es insuficiente para contratar con un poder adjudicador.

Para que la clasificación sustituya a la solvencia, no es suficiente que el licitador se encuentre clasificado en el grupo o subgrupo que corresponda con el CPV del contrato, sino además que el importe anual medio del contrato sea igual o inferior al correspondiente a la categoría de clasificación en el grupo o subgrupo de la clasificación del empresario.

En conclusión, el apartado 1 del artículo 65 establece la obligación de fijar en el PCAP de cada contrato los requisitos mínimos de solvencia en los contratos de servicios tanto en

términos de los artículos 75 y 78 como en términos de grupo, subgrupo y categoría de clasificación cuando el contrato esté incluido en el ámbito de clasificación. No obstante, su ámbito subjetivo se limita a las Administraciones Públicas y dicha modificación de la redacción tiene demorada su entrada en vigor en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de clasificación previa. El Tribunal considera que aun no siendo legalmente exigible es conveniente que en los pliegos se haga constar la solvencia tanto en los términos de los artículos 75 y 78 como en términos de clasificación cuando el objeto del contrato esté incluido dentro del ámbito de clasificación. En todo caso, debe ser admitida ésta como prueba de solvencia a la hora de valoración por la Mesa de contratación en las condiciones del artículo 79 bis, es decir, cuando exista correspondencia entre la clasificación aportada y el código CPV del contrato".

En el mismo sentido se ha manifestado el informe 3/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que, sobre la base de argumentos sustancialmente coincidentes y con cita de la propia resolución que acaba de transcribirse parcialmente, señala que *"debe admitirse la posibilidad de que se acredite la solvencia empresarial mediante la clasificación empresarial en un contrato de servicio en el cual ésta no es exigible por ley, incluso cuándo el pliego no la ha previsto como medio alternativo para acreditarla (...) siempre que el grupo o subgrupo de clasificación corresponda al objeto del contrato"*.

Tal debe ser, también a juicio de este Tribunal, la interpretación que debe otorgarse al artículo 74 precitado, así como a los concordantes preceptos a que se ha hecho referencia.

Séptimo. No obstante todo lo dicho, es lo cierto que, en rigor, el órgano de contratación fundamenta su oposición a la estimación del recurso, esencialmente, en la estricta dicción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que, en su apartado A.10), como antes se ha dicho, establece claramente que *"solo será admisible la clasificación presentada por el licitador para acreditar la solvencia cuando se haya exigido expresamente en los Pliegos o cuando se haya admitido como un medio alternativo de los indicados en los Pliegos para acreditar la solvencia para la contratación licitada"*. De esta forma, alega el órgano de contratación, como quiera que en el apartado 12 del cuadro resumen se explicitaba que no era exigible la clasificación, sin que se incluyera previsión alguna sobre su eventual admisión como medio alternativo de acreditación de la solvencia, y no habiendo sido

recurrido oportunamente dicho pliego, no cabe sino concluir en la necesaria desestimación del recurso interpuesto.

Indudablemente, es doctrina reiterada de este Tribunal (plasmada, entre otras, en la Resolución 984/2015, de 23 de octubre) que, como regla general, no es dable la impugnación indirecta, con ocasión del recurso interpuesto contra cualquier acto integrante del procedimiento de adjudicación, de los pliegos reguladores del contrato, siendo únicamente admisible en tales supuestos, como excepción, el examen de oficio de los eventuales vicios de nulidad de pleno derecho de que dichos pliegos puedan adolecer.

Tal posición encuentra refrendo en el artículo 145.1 TRLCSP, en el que se dispone que *“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 esta línea, se decía en la Resolución 408/2015, de 30 de abril:

“Dado que los pliegos son la ley del contrato y que las mencionadas circunstancias no han sido invocadas oportunamente por la recurrente a través del correspondiente recurso, dichas alegaciones, completamente extemporáneas, no pueden ser ahora examinadas ni consideradas por el Tribunal.

Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada.

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos

(venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho" (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre)."

Ello no obstante, no es menos cierto que este Tribunal tiene admitido, en ocasiones, que determinadas irregularidades afectantes a los requisitos de solvencia del contrato pueden reputarse generadoras de nulidad de pleno derecho.

Así, por ejemplo, se dijo en la resolución 444/2013, para un supuesto en que, contrariamente al aquí examinado, se exigía, indebidamente, contar con una determinada clasificación:

"Pues bien, debemos tener en cuenta que lo que se denuncia en nuestro caso es la exigencia de una clasificación, requisito de solvencia que no vendría impuesto por la legislación vigente: Y, a nuestro entender, en nuestro caso dicha irregularidad constituye una causa de nulidad de pleno derecho, aun no mencionada de modo expreso en el TRLCSP, por aplicación del art. 32 del TRLCSP, en relación con el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre al que se remite el art. 32 a) antedicho, y el art. 54 y 62 del mismo TRLCSP.

Así, pese a que la Jurisprudencia ha interpretado de modo restrictivo los supuestos de invalidez que dan lugar a la nulidad de pleno derecho, en nuestro caso entendemos que se incurre en la lesión de "derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", que configura una de estas causas de nulidad de pleno derecho a tenor del art. 62.1 a) de la Ley

30/1992, por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación amparada en el art. 14 de nuestra Constitución.

Y ello, ya que las exigencias de solvencia, siempre vinculadas al objeto del contrato y proporcionales al mismo, suponen en sí mismas una restricción a la libre concurrencia en condiciones de igualdad que sólo son tolerables de no resultar palmariamente disconformes a Derecho, ya que, en caso contrario, suponen una exclusión indebida de los potenciales licitadores que no las reúnan, en perjuicio de su derecho a concurrir a la contratación en condiciones de igualdad.

Y no se puede olvidar que el principio de igualdad y no discriminación, junto con el favorecimiento de la concurrencia como base de la libre competencia, está en el propio origen de las Directivas que dieron lugar a la implantación de este recurso especial.

Recordemos, a estos efectos, la insistencia de nuestra legislación en que la adjudicación de los contratos se sujete a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; siendo, en realidad, la publicidad y la transparencia principios instrumentales, en garantía de los principios fundamentales de la contratación: concurrencia y no discriminación, este último garantizado por nuestra Constitución como derecho fundamental.

El propio art. 1 del TRLCSP señala que tal texto tiene por objeto garantizar (entre otros extremos) que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, y de asegurar la salvaguarda de la libre competencia."

Pues bien, en el caso analizado, considera este Tribunal (en paridad de condiciones con el supuesto allí examinado, si bien en sentido inverso), que la previsión de la cláusula A.10) del Pliego de Cláusulas Administrativas de aplicación, que prohíbe expresa y radicalmente que pueda acreditarse la solvencia técnica con la oportuna clasificación, debidamente relacionada con la taxativa previsión del Anexo VI sobre los muy precisos medios de acreditación de la solvencia técnica (cuya dicción se ha transcrito en el antecedente de hecho tercero de esta resolución), determina la introducción de una intensa e indebida restricción al principio de libertad de concurrencia en condiciones de igualdad, con patente infracción de la previsión resultante del artículo 74 TRLCSP, así como de los concordantes

preceptos antes referidos, que merece ser calificada como generadora de nulidad de pleno derecho.

Desde esta perspectiva, siendo apreciable en dicha previsión la concurrencia de un vicio determinante de nulidad de pleno derecho, debería obviarse, por mucho que los tales pliegos no fueran en su momento oportuna y puntualmente recurridos, la exclusión, cuando no sea exigible, de la eventual acreditación de la solvencia mediante la correspondiente clasificación que en ella se establece.

Octavo. Sentado lo anterior, debe estimarse el recurso, con anulación del acuerdo de exclusión impugnado, y ello con retroacción de las actuaciones, a fin de que por la Mesa de Contratación se evalúe, con abstracción de lo previsto en la citada cláusula A.10) del Pliego de aplicación, si la actora acreditó disponer, con ocasión de la aportación de su documentación administrativa, de clasificación suficiente, caso de que hubiera sido exigida, para el contrato analizado (como todo parece indicarlo, dado que se aportó un certificado de clasificación en el grupo P, subgrupo 7 y categoría D, lo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 37 y 38, así como en el Anexo II , del RGLCAP, se correspondería con la prestación de “Trabajos de mantenimiento y reparación de ascensores, montacargas, escaleras mecánicas, cintas y cadenas transportadoras, elevadores mecánicos y neumáticos, tubos neumáticos y mecanismos distribuidores”, y ello aún en contratos cuya anualidad media fuera igual o superior a 600.000 euros) , procediendo, en tal caso y de conformidad con el artículo 74 TRLCSP, a la admisión de su oferta.

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^a. T.CH.N. y D. R.H.M., en nombre y representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES S.L., contra el acuerdo que dispone su exclusión del procedimiento de adjudicación del “servicio de mantenimiento integral de los ascensores de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61”, anulándolo y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su adopción, a fin de que por el órgano de contratación pueda valorarse, con arreglo a lo



expuesto en el fundamento octavo de esta resolución, si la actora ha acreditado disponer de clasificación bastante a los efectos del contrato objeto de recurso.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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