



Recurso nº 489/2017

Resolución nº 608/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de julio de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. S. P., en representación de la empresa GENERAL MOTORS ESPAÑA, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada de 31 de marzo de 2017, en relación con el expediente 82/16 *“Acuerdo Marco para el suministro de vehículos industriales comerciales”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa obedece a un Acuerdo Marco (artículo 206.3 b) TRLCSP, que se desglosa en 3 lotes, atendiendo a las distintas tipologías de vehículos industriales comerciales existentes en el mercado:

- Lote 1: Vehículos de transporte de carga tipo furgón. Valor estimado 18.000.000,00.
- Lote 2: Vehículos de transporte de carga tipo chasis cabina o cabina doble. Valor estimado 18.000.000,00.
- Lote 3: Vehículos de transporte mixto. Valor estimado 18.000.000,00.

Estos lotes, a su vez se desglosan en varios sublotos.

Se publicaron los correspondientes anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de enero de 2017 (rectificado el 24 de enero de 2017) y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de enero de 2017 (rectificado el 25 de enero de 2017) y en el Boletín Oficial del Estado el 20 de enero de 2017 (rectificado el 30 de enero de 2017).

Segundo. La cláusula VIII. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece: “**Condiciones de aptitud para contratar con el sector público.**

Podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

(...)

3. Requisitos mínimos de solvencia económica y financiera (artículo 75 TRLCSP).

Los licitadores deberán tener un volumen de negocios adecuado para la ejecución de los contratos basados en el presente acuerdo marco. El volumen anual de negocios, en alguno de los últimos tres años concluidos, deberá ser igual o superior a los importes que se indican en la siguiente tabla, en función del sublte al que se licite.

En el caso de licitar a varios sublotos, el volumen anual de negocios en alguno de los últimos tres años concluidos deberá ser igual o superior a la suma de los importes exigidos para los sublotos a los que se licite.

(y sigue cuadro con lote, descripción, sublte, descripción del ítem suministrado, y volumen anual de negocios exigido en cada caso).

4.Requisitos mínimos de solvencia profesional.

4.1 Experiencia en la prestación de suministros de igual o similar naturaleza.

Los licitadores deberán disponer de experiencia en la prestación de suministros que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del acuerdo marco, atendiendo a tal efecto a los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV.

El valor global de los suministros efectuados, en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, deberá ser igual o superior a los importes anuales que se indican en la siguiente tabla, en función del sublote al que se licite.

En el caso de licitar a varios sublotes, el valor global de los contratos ejecutados en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, deberá ser igual o superior a la suma de los importes exigidos para los sublotes a los que se licite.

...”

Y sigue cuadro con lote, descripción del suministro, sublote, descripción del vehículo suministrado, y “Valor global de los contratos ejecutados exigido en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años(impuesto indirectos excluidos)” para cada caso.

La cláusula X.1. del PCAP relativa a la documentación acreditativa de la solvencia, señala:

“E.2.4.- Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera (artículo 75 TRLCSP).

El cumplimiento de las condiciones exigidas en la cláusula VIII.3 de este pliego, en relación al volumen anual de negocios de los últimos tres años concluidos, se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, los medios de publicidad del Registro Mercantil son:

- *Nota simple informativa del Registro Mercantil.*
- *Certificación en papel del Registro Mercantil.*
- *Certificación telemática del Registro Mercantil.*

En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.

Cuando, por una razón válida, el licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas, el órgano de contratación autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que considere apropiado.”

Y la E.2.5. del PCAP relativa a la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional dispone que “El cumplimiento de las condiciones exigidas en la cláusula VIII.4.1 de este pliego, en relación al valor de los suministros efectuados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del acuerdo marco en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, se acreditará por medio de una relación de los principales suministros realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.

Se adjunta modelo de la relación de suministros efectuados como anexo IX de este pliego.

Los suministros incluidos en dicha relación se acreditarán mediante certificados de buena ejecución, expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Asimismo, los certificados de buena ejecución de los suministros incluidos en la relación cuyo destinatario fue una entidad del sector público podrán ser comunicados directamente al órgano de contratación por la entidad contratante de los suministros”.

Tercero. La recurrente aportó en el sobre número 1 de su oferta relación de suministros efectuados en los últimos cinco años, así como certificados de buena ejecución en relación con los suministros efectuados. En dicha relación, la recurrente presentó la suma de suministros realizados en 2013, 2014 y 2016. El mayor importe ascendía a 561.463,97 € correspondiente al año 2013.

La recurrente ofertó a los sublotes 10201, 10202, 10301, 10302, 10401, 10402, 10501, 30101, 30401, 30501, 0502, y 30601 del lote 1.

Una vez examinada la documentación, la Comisión Permanente acordó requerir de subsanación a la licitadora, en un plazo *“de tres días hábiles a contar desde el siguiente a la recepción de este requerimiento”*, y en los términos siguientes: *“Se ha aportado relación de los suministros efectuados, no quedando acreditado que el valor global de dichos suministros, en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, sea igual o superior a los importes anuales indicados en la tabla, en función del sub lote solicitado”*.

El requerimiento se realizó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, accediendo la recurrente, el 22 de marzo a las 09:54 h., como se acredita en el sello de tiempo de la Plataforma.

Con fecha 22 de marzo de 2017, a las 17:04 h. la empresa expone: *“Confirmamos que no podemos justificar un valor global de suministros anual superior al comunicado en la documentación aportada”*.

Cuarto. La Comisión Permanente, en la sesión celebrada el 31 de marzo de 2017, procedió al examen de las subsanaciones presentadas, acordando, entre otros extremos, *“2.- Excluir de la licitación a las siguientes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1 b) del RLCSP por no haber subsanado la documentación administrativa requerida:*

□ GENERAL MOTORS ESPAÑA S.L.U. (1), queda excluida, por no acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica. “

El 24 de abril de 2017, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se procedió a notificar el acuerdo de exclusión a la empresa recurrente, accediendo ésta el mismo día el 24 de abril de 2017, como se acredita en el sello de tiempo de la plataforma.

El acuerdo de exclusión señalaba:

“Con fecha 31 de marzo de 2017, la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada, en relación con el expediente de contratación anteriormente detallado y en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1 b) del TRLCSP, ha adoptado el siguiente acuerdo:

· Que la empresa GENERAL MOTORS (1), queda excluida de la licitación, por no acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica.

La cláusula VIII.4.1 del PCAP establece los requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional:

(y se transcribía, así como la cláusula X.1.E.2.5.antes citada).

La empresa GENERAL MOTORS S.L.U. aportó en. el sobre número 1, relación de suministros efectuados en los últimos cinco años, así como certificados de buena ejecución en relación con los suministros efectuados.

En dicha relación, la empresa presentó la suma de suministros realizados en 2013, 2014 y 2016. El mayor importe corresponde a 2013 y asciende a 561.463,97 C.

Asimismo, la empresa presentó una declaración responsable, indicando los lotes .y sublotos a los que licita, resultando ser los sublotos que figuran en la tabla siguiente, correspondiendo, en función del PCAP a cada sublote, el importe de solvencia técnica referenciado.(y se relacionan).

Por lo tanto, el importe a acreditar para el cumplimiento de la solvencia técnica de GENERAL MOTORS, S.L.U. asciende a 1.606.69889 e

Al no que quedar acreditado el cumplimiento del requisito de solvencia técnica referenciado, se le realizó a la empresa, con fecha 21 de marzo de 2017, el siguiente requerimiento:

(en los términos ya transcritos)

En el plazo de subsanación la empresa expone: (en los términos ya transcritos)

Por ello, una vez analizada la documentación, la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada, en su reunión de fecha 31 de marzo de 2017, considera que la empresa General Motors S.L.U. no acredita el cumplimiento de la solvencia técnica requerida y por lo tanto, queda excluida de la licitación.

...”

(sigue indicación de recursos)

Quinto. *Contra la referida exclusión se presenta ante el órgano de contratación el día 18 de mayo el recurso que nos ocupa.*

En el mismo, señala que “...solo aportó en su momento los volúmenes de ventas realizada a Organismos Públicos en años anteriores, a saber 2013, 2014 y 2016 y cuyo importe máximo fue el de 561.463,94 €, correspondiente al año 2013.

Entendíamos que esta era una información simplemente de referencia y estimatoria, y que la misma no era limitativa o restrictiva a los fines de participar en el proceso de licitación. Con base a nuestra interpretación, entendíamos que se trataba del suministro de mera información enunciativa vinculada a los organismos públicos, y es por lo que no suministramos datos relacionados con los suministros realizados a entidades privadas.”

Indica que creía que la Comisión Permanente “no solo tomaría en cuenta la relación de los suministros efectuados sino que además tomaría en cuenta la documentación

contable y financiera suministrada por GENERAL MOTORS en el procedimiento”, y que al no hacerlo así, violó su derecho de defensa, “por la no estimación expresa de las pruebas fundamentales presentadas ante el órgano administrativo”. Considera, además, que “es un hecho público y notorio que mi Representada cuenta con la solvencia requerida...” Aporta ante este Tribunal “una nueva relación de los suministros de vehículos comerciales realizada por GENERAL MOTORS bajo su marca Opel para el año 2016, el cual asciende al importe de CINCO MILLONES QUINIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (5.502.619,09 Euros)”, indicando que debe ser admitida como acreditación de su solvencia.

Añade que resulta improcedente excluirla “por el supuesto incumplimiento de requisitos técnicos, pues el proceso de selección se encontraba apenas en la etapa de valoración. Es sabido que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas debe producirse en la fase de ejecución del contrato y no en la de valoración”, indicando que los requisitos de solvencia exigidos debían ser acreditados por el propuesto como adjudicatario, conforme al art. 151.2 TRLCSP, pero no por todo licitador.

Por otra parte, señala que los importes de suministros del pliego son contrarios al principio de libre concurrencia y discriminatorios, así como al principio de transparencia y libre acceso en materia de la contratación pública pues- todo resumidamente- “excluye sin justificación alguna a proveedores nuevos que desean participar en el mercado y que no hayan tenido ventas en años anteriores. Este requisito genera discriminación y restringe la competencia, por lo cual tal requisito está viciado de ilegalidad.” Y “Asimismo, resulta contrario a derecho y al proceso de acceso, el establecer ciertos parámetros o volúmenes sin que la Administración haya manifestado una motivación que explique o justifique estos umbrales” Y en otro Fundamento insiste: “Tales umbrales son ilegales, pues impide participar en el proceso empresas que no hayan comercializado vehículos comerciales en años anteriores, o de haberlo hecho, lo hayan llevado a cabo bajo volúmenes inferiores. El no haber participado en años anteriores o haberlo hecho bajo volúmenes inferiores constituye una barrera que afecta la libre competencia y que genera

discriminación, pues favorece a empresas de grandes volúmenes y con años de asentamiento en el mercado español.”

Añade que el plazo de subsanación *“tan sólo de escasos dos (2) días hábiles”* le causó indefensión, pues no le permitió acceder al expediente y conocer las razones del establecimiento de tales umbrales, y porque no podía acceder a lo solicitado, *“dada la extensión de la documentación exigida”*. Y aún añade, en el mismo fundamento, que *“mi Representada defiende que el órgano de contratación, al detectar la discrepancia entre la documentación aportada y el pliego de licitaciones relativa a los requerimientos técnicos, debería haber concedido a GENERAL MOTORS un plazo para la aclaración y/o subsanación de los documentos aportados, en lugar de proceder directamente a la exclusión de la oferta, decisión ésta que considera desproporcionada.”*

Por otra parte, señala que el acto de exclusión no estaba motivado, pues *“resulta que en este caso, la Comisión Permanente, excluyó a mi Representada de los sub-lotes 030502, 010402, 010302 y 010202, que formaban parte del grupo de sub-lotes a los cuales inicialmente se presentó, y sobre esa materia esta Comisión Permanente mantuvo silencio.”*, pues para ellos *“el volumen de venta aportado si confería derecho a participación”*.

Añade que se viola por la exclusión el principio de legalidad, de buena fe, y que *“La Comisión Permanente al manifestar en la Resolución que GENERAL MOTORS no cumplía las eficiencias técnicas incurre en un error en la interpretación de los hechos.”*

-El informe del órgano de contratación muy resumidamente, indica que, al acordar la exclusión, ha dado cumplimiento al art. 62 TRLCSP, al 146.5 TRLCSP, y al pliego; Que no puede confundirse la solvencia técnica con la económica y financiera, ni con los requisitos de ejecución del contrato; Que dio el plazo máximo permitido para subsanar en el art. 81 RGCAAPP, y que, según la cláusula X.E.2.5 del PCAP, hubiera bastado presentar *“una declaración de la empresa, certificando el importe de los suministros efectuados a destinatarios privados en los últimos cinco años”*, para lo cual el plazo era suficiente.



En cuanto a la determinación de unos umbrales económicos a la hora de concretar la forma de acreditar la solvencia técnica en el PCAP, indica que se ha hecho conforme al art. 79 TRLCSP, y que *“La justificación del modo en que se han fijado dichos umbrales, queda recogida en la memoria justificativa que forma parte del expediente”*, con explicación detallada al efecto.

Y, en cuanto a la motivación, que se cumple tanto el art. 35, y 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Sexto. En fecha 29 de mayo de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se califica por la recurrente como especial en materia de contratación, tratándose de un procedimiento de contratación sujeto a regulación armonizada, conforme al art. 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. La recurrente está legitimada para recurrir, como licitadora excluida.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Cuarto. En cuanto al fondo, y por orden lógico, examinaremos su alegación de que la exclusión está deficientemente motivada.

A estos efectos, el artículo 151.4.b) TRLCSP obliga a indicar, *“de forma resumida”*, *“las razones por las que no se haya admitido su oferta”*, teniendo en cuenta que el parámetro principal para juzgar de la suficiencia de la motivación es que ésta permita al destinatario interponer un recurso suficientemente fundado (cfr.: Resoluciones 187/2011, 287/2011,



171/2012, 198/2012, 294/2012, 282/2014, 437/2015 y 658/2015, 916/2015 y 898/2016, entre otras). Así lo mantiene igualmente el Tribunal Supremo, que ha admitido la validez de motivaciones que él mismo calificó como parcas con tal de que permitan conocer las razones de la decisión administrativa (cfr.: Sentencias del Alto Tribunal, Sala III, de 7 de junio de 2013 –Roj STS 3535/2013- y 17 de enero de 2011 –Roj STS 102/2011-).

En el caso que nos atañe, es indudable que el acuerdo de exclusión, que hemos transcrito en los Antecedentes, especifica -con detalle incluso- las razones en las que se basa, permitiendo a su destinataria impugnar el mismo con pleno conocimiento de causa, por lo que esta alegación debe ser desestimada.

Lo que evidencia la recurrente en su alegación es su desacuerdo con el hecho de que no hubiera sido admitida su oferta respecto de los lotes a los que sí alcanzaba su umbral de suministros, objeción no formal que será tratada en otro epígrafe.

Quinto. Siguiendo con el orden lógico de su impugnación, nos referiremos a la crítica que se hace de los umbrales de suministros incluidos en el requisito de solvencia técnica establecido en el pliego, por presuntamente contrarios a los principios de libre concurrencia y acceso a la licitación, ser discriminatorios, desproporcionados, etc.

Estas alegaciones no pueden acogerse, pues atañen a la redacción del propio pliego: Como hemos recordado en la reciente Resolución nº 339/2017, con cita de la 49/2017, debemos partir de que *"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"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP: *"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"*.

Asimismo, como allí decíamos, *"no debe atenderse, en cuanto a la posibilidad de cuestionar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la*



exclusión en nuestro caso) únicamente a circunstancias objetivas, cual es el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho que pudieran ser alegados. Y ello, por cuanto que “en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, - por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, (las) circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14de mayo de 2015, rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento pero le podía resultar perjudicial.

Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que ..., S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”

Y explicábamos que “ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe

y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación".

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión".

Y concluíamos allí que "Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general."

Pues bien, aplicando tal doctrina, nuestro recurrente podría haber hecho las alegaciones que nos ocupan en un recurso temporáneo contra los pliegos, sin que se justifique que haya tenido que esperar a su exclusión para criticar los umbrales de solvencia establecidos, que resultaban muy claros en los pliegos (como se razonará de modo más detallado en nuestro Fundamento subsiguiente), de modo que un licitador prudente y bien informado no necesitaba esperar al acto de exclusión para constatar la existencia de tal

requisito o conocer su alcance. Así, no concurre en el recurrente el supuesto excepcional de impugnación extemporánea de los pliegos al que se refiere la STJUE ya citada.

A mayor abundamiento, no resulta conforme a las exigencias de la buena fe que se hagan valer alegaciones impugnatorias contra el pliego desligadas del interés del recurrente, como es la referencia a la discriminación de empresas de nueva creación- siendo que la recurrente no lo es- ; o la pretendida discriminación de las empresas que no alcanzan los umbrales de suministros establecidos en el pliego (contradictoria con su alegación de que ella sí cumple tales umbrales).

Por lo que todas estas alegaciones deben ser desestimadas por extemporáneas.

Sexto. Estando, pues al tenor de los pliegos, la cláusula transcrita en los antecedentes exigía un determinado importe de suministros, tanto públicos como privados, según los lotes ofertados. A estos efectos, no se sostiene la interpretación de la recurrente según la cual *“entendíamos que se trataba del suministro de mera información enunciativa vinculada a los organismos públicos, y es por lo que no suministramos datos relacionados con los suministros realizados a entidades privadas.”*, puesto que ello no se deriva ni de los pliegos ni de la ley aplicable.

A estos efectos, debemos recordar de nuevo que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución 47/2012, o 436/2017, entre otras muchas). En efecto, abundando en dicha afirmación, hemos de traer a colación la resolución 253/2011: *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá*

que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982)."

Así, el sentido literal de las cláusulas VIII.4.1 y X.1.E.2.5. del PCAP ya transcritas resulta inequívoco: la 4.1 utiliza reiteradamente el verbo "*deberá*" en relación con la acreditación de suministros en importe igual o superior a los importes anuales que se indican en la correspondiente tabla, en función del sublte o sublotes agregados a los que se licite.

Y de la cláusula X.E.2.5 resulta aún más claro que la experiencia en la prestación del suministro no se circunscribía a que el destinatario fuera público o privado, sino que permitía la concurrencia de los valores globales de los suministros efectuados a ambos destinatarios, pues señala que "*se acreditará por medio de una relación de los principales suministros... que incluya... el destinatario, público o privado, de los mismos.*" A mayor abundamiento, el pliego adjunta un modelo de relación de suministros (anexo IX), el cual está constituido por dos tablas, una para la relación de suministros a destinatarios públicos y la otra para suministros realizados a destinatarios privados.

El carácter imperativo de tal exigencia responde a lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP, que establece que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicaren en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y se proporcionales al mismo. Lo cual es desarrollado en el art. 77 respecto del contrato de suministros, que señala que "*En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:*

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. ..." Y en el apartado 3 del citado artículo 77 se establece que en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios,

de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. La solvencia técnica y la posibilidad de que los poderes adjudicatarios puedan imponer requisitos para asegurar la experiencia de los licitadores, mediante la relación de los principales suministros, también se recoge en el artículo 58 y el Anexo XII de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

Insistimos, pues: el tenor del pliego, por sí solo y en relación con la legislación aplicable, en lo referido a la exigencia de umbrales cuantitativos de suministros públicos o privados para acreditar la solvencia técnica, es inequívocamente acorde a lo interpretado por la Mesa de contratación.

-En este punto, carece de fundamento la pretensión del recurrente de que debió valorarse -a estos efectos de tener por acreditada su solvencia técnica- la documentación contable y financiera presentada, puesto que la solvencia económica y financiera, por un lado, y la técnica, por otro, se regulan con la debida separación tanto en los pliegos como en la legislación, y obedecen obviamente a finalidades distintas: una, asegurar la capacitación económica, y otra, *“garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevar (el contrato) a buen fin”* (Res. 267/2016).

Así, en cuanto a los pliegos, hemos transcrito en nuestro Antecedente segundo las cláusulas respectivas (VIII 3 y X.1 E, 2.4, referida a la solvencia económica y financiera, y VII 4 y X.1 E 2.5, a la técnica), que no son coincidentes ni en cuanto a los requisitos ni en cuanto a su acreditación; mientras que el TRLCSP se refiere a ambos tipos de solvencia de forma separada en el ya citado art. 62, desarrollando en el 75 los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, de forma separada al ya citado 77 respecto de la solvencia técnica.

-Y por supuesto, la Mesa no podía dispensar de la acreditación de la solvencia técnica a este licitador por resultar “notoria”, lo que hubiera supuesto una vulneración de los pliegos

con grave quebranto de los principios de igualdad de trato que rigen la contratación pública, de conformidad con el art. 1 TRLCSP; además de que tal notoriedad no existe en lo que se refiere al detalle de suministros exigido.

-Por otra parte, también carece de fundamento su alegación de que sólo puede pedirse la cumplimentación de la cláusula VIII 4.1 al adjudicatario o al propuesto como tal:

Así, la exigibilidad del cumplimiento de un requisito técnico sólo al adjudicatario la hemos proclamado aquellos casos en que, como decíamos en la Resolución 214/2017 *“no se trata de un verdadero requisito de solvencia sino más bien de ejecución del contrato”*, siendo que en nuestro caso, palmariamente y como ya se ha descrito, los suministros exigidos se requerían explícita e inequívocamente en el PCAP como una condición de solvencia del licitador, y no de ejecución del contrato (como no puede ser de otro modo, además, conforme a la propia naturaleza de tal exigencia).

Mientras que, respecto de la exigencia de acreditación de algún requisito de capacidad o solvencia únicamente al propuesto como adjudicatario, el art. 151.2 TRLCSP se refiere a la presentación de *“documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente”*, que no nos atañen. O, en general, se ha apreciado la pertinencia de realizar tal requerimiento al propuesto como adjudicatario en casos (como, p ej, el tratado por la Resolución 1052/2016) en que, conforme a lo previsto en el pliego, procedía la acreditación de un requisito de capacidad o solvencia en dos fases o momentos distintos, ya que se otorgaba la posibilidad inicial para todos los licitadores de acreditar su cumplimiento mediante una mera declaración responsable o similar, siendo que después debería acreditarse sólo por parte del propuesto como adjudicatario mediante un medio más cumplido de prueba; situación que tampoco atañe a nuestro supuesto, ya que, ni estaba prevista esta doble fase en el pliego respecto de este requisito de solvencia técnica, ni, en todo caso, el licitador recurrente presentó en ningún

momento declaración ni principio de prueba alguno sobre la existencia de suministros en la cuantía requerida por el pliego en la tan citada cl VIII 4.1.

Por tanto, inequívocamente, para superar la fase de admisión, el licitador debería haber acreditado su solvencia técnica en la forma prevista por tal cláusula del pliego, bien en su oferta original, bien el plazo de subsanación que le fue otorgado.

Séptimo. En cuanto a la subsanación, que le fue otorgada y de la que, conforme a nuestros Antecedentes no hizo uso, debemos comenzar por señalar que el recurrente alude a un plazo (dos días) que no fue el otorgado, ya que se le otorgaron tres días hábiles, que es el máximo previsto en el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone: *"Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables ...*

2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

..."

En cuanto a la suficiencia de tal plazo, y además de que difícilmente puede discutirse cuando ha sido el propio titular de la Potestad reglamentaria el que lo ha considerado pertinente, debemos añadir que, faltando según el propio relato del recurrente los suministros privados, respecto de éstos basta-conforme a la cl. X 1. E.2.5- su relación y una declaración del empresario, por lo que en modo alguno aparece como insuficiente el plazo otorgado. Tampoco tiene sentido señalar que debió dársele -para cumplimentar la subsanación- previo acceso al expediente con el fin de acceder a la motivación de la exigencia de tales umbrales, pues, además de que no consta que lo pidiera, tal conocimiento no era necesario para la cumplimentación del requerimiento de subsanación, sino, en su caso, para la impugnación en plazo de los pliegos en cuanto al referido requisito, que no se realizó en tiempo y forma por el interesado.

-En fin, el Reglamento citado no exige el otorgamiento de un segundo plazo de subsanación, como parece pretender el recurrente. Ciertamente es que el art. 82 TRLCSP, incluido en la Subsección dedicada a la solvencia, señala que *“Documentación e información complementaria*

El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios.”

Pero es obvio que, aunque se considerase que tal artículo regula una subsanación distinta y compatible con la prevista en el art. 81 del Reglamento precitado (como ha hecho algún tribunal de recursos contractuales), tal artículo se refiere a aclaraciones a la vista de la documentación acreditativa presentada, y en nuestro caso no se presentó ninguna en fase de subsanación, por lo que es evidente que no procedía otra aclaración posible.

Sin que estemos, por otra parte y como se ha razonado en el fundamento precedente, en un supuesto que justifique un requerimiento del 151.2 TRLCSP.

-En lo referido, también por otra parte, a la pertinencia de subsanar aquí, acreditando el referido requisito de solvencia en esta sede de recurso, no es de admitir: Ello sería contrario tanto a los pliegos que constituyen la ley del contrato como al 81 del RGLCAAPP y 82 TRLCSP, en tanto que unos y otros establecen plazos de acreditación de los requisitos de solvencia y, en su caso, de subsanación. Y sería contrario a los propios principios de no discriminación y transparencia que, conforme se deriva del art. 1 TRLCSP, deben presidir la contratación pública, puesto que supondría el otorgamiento de un plazo más amplio para la acreditación de un requisito que condiciona la propia admisión a licitación a un licitador respecto de los otros. Y, en fin, la desatención a los plazos fijados por el pliego o, en su caso, a los de subsanación, convertiría en inviable el propio procedimiento de licitación, al dejar indefinidamente abiertas fases de la licitación, como la admisión, de las que dependen otras subsiguientes, como la valoración de ofertas.

Por lo que, no habiendo atendido al requerimiento de subsanación en plazo, no procede que trate de subsanar en esta sede.

-Por último, viene a decir la recurrente que su oferta debió ser admitida respecto de los lotes a los cuales alcanzaba el umbral de suministros justificados en su oferta original.

Basta para rechazar su alegación recordar el tenor literal e inequívoco de los pliegos-ley del contrato- en este punto, que obligaban a que *“En el caso de licitar a varios sublotos, el valor global de los contratos ejecutados en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, deberá ser igual o superior a la suma de los importes exigidos para los sublotos a los que se licite”*; sin que se prevea admisión parcial en caso de que no se alcancen dichos umbrales.

Además, para que tal admisión parcial fuera factible, el ofertante debería haber especificado a qué sublotos, de los inicialmente consignados en su oferta, reducía dicha oferta; pero para ello no había ocasión, al no estar el órgano de contratación obligado a pedir aclaración en este punto, al que no se refiere ni el art. 81 del Reglamento ni el 82 TRLCSP. Siendo que, además, toda aclaración de la licitadora reformulando su oferta para ajustarla a la solvencia acreditada hubiera constituido una alteración de dicha oferta, vedada por los artículos citados y por toda su interpretación doctrinal, como contraria a principios de igualdad de trato y de transparencia (p ej, entre otras muchas, Resolución 806/2016).

-En fin, señalemos que, en cuanto a la pretendida infracción del principio de legalidad, de buena fe y confianza legítima, y el error en la interpretación de los hechos, que con estas alegaciones la recurrente hace supuesto de la cuestión, pues parte de la existencia de los defectos denunciados en las alegaciones anteriores, que han sido desestimadas, por lo que debe correr su misma suerte.

Por tanto, sólo puede concluirse que la Mesa actuó correctamente en el trámite de subsanación y al acordar la exclusión, por no haberse cumplimentado aquélla.

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 presentado por D. J. A. S. P., en representación de la empresa GENERAL MOTORS ESPAÑA, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada de 31 de marzo de 2017, en relación con el expediente 82/16 *“Acuerdo Marco para el suministro de vehículos industriales comerciales”*.

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 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 de 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.