



Recurso nº 965/2021

Resolución nº 920/2021

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

En Madrid, a 22 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. V. M. , en representación de la entidad TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por la Dirección General Económico-financiera de RENFE OPERADORA, para contratar el *“Suministro de equipos de protección individual (EPI): mascarillas autofiltrantes FFP2 sin válvula de exhalación para la prevención del contagio frente al SARS-COV2 en el Grupo RENFE.”*, expediente con referencia 2021-00355, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 7 de abril de 2021, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de la licitación convocada por la Dirección General Económico-Financiera de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora para la contratación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del *“Suministro de equipos de protección individual (EPI): mascarillas autofiltrantes FFP2 sin válvula de exhalación para la prevención del contagio frente al SARS-COV2 en el Grupo RENFE”*, expediente 2021-00355.

En la misma fecha, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Pliego de Cláusulas Administrativas y el de Prescripciones Técnicas.

La contratación, no sujeta a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 5.625.000,00 € (IVA excluido).

Las prestaciones objeto de contratación se identifican con el CPV 35113400 - Ropa de protección y de seguridad, sin división en lotes.



Segundo. La licitación se desarrolla de conformidad con lo establecido por las Instrucciones que regulan los procedimientos de contratación de RENFE-Operadora, de fecha 27 de junio de 2018, en relación con lo dispuesto en la Disposición adicional quinta del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, LCSE) y la Disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Tercero. En fecha 22 de junio de 2021 y a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, RENFE-Operadora notifica a la empresa licitadora TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L. su exclusión en la licitación de referencia en los siguientes términos:

“(…)

En relación con el expediente del asunto RENFE-Operadora ha realizado el análisis de la documentación aportada por Uds. en el “Sobre B INFORMACIÓN TÉCNICA”.

RENFE-Operadora ha comprobado que en la foto de la mascarilla no se aprecia que información contiene, tal como se requiere en el apartado 4 de la Especificaciones Técnicas (en adelante ET), por otro lado, el código QR presentado en el empaquetado individual no contiene los certificados de producto, incumpliendo con lo establecido en los apartados 4 y 5 de la ET y en el documento de Aclaraciones Colectivas publicado el día 12 de abril de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público como documento asociado a la licitación.

Por lo tanto, les comunicamos que su oferta ha sido excluida del procedimiento de contratación, al no cumplir con lo establecido en la Condición Particular 8.5.4. SOBRE “B” INFORMACIÓN TÉCNICA del Pliego de Condiciones Particulares donde se establece que



“La información solicitada en el Sobre B no es objeto de valoración mediante puntuación. No obstante, la no inclusión de alguno de los elementos solicitados en el sobre B, podrá ser motivo de exclusión de la oferta. Así mismo, serán desestimadas las ofertas en las que el artículo ofertado –EPI Ofertado- no reúna los requisitos técnicos solicitados en la ET”.

Quedamos a su disposición si fuera necesario, en su caso, para aclarar las cuestiones que puedan surgir al respecto y les agradecemos el esfuerzo empleado en la elaboración de su oferta y confiamos poder contar con Uds. en próximas convocatorias.

Finalmente, atendiendo a lo establecido en el artículo 321.5 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, les indicamos que, en caso de no estar conformes con la decisión adoptada, podrán formular reclamación en vía administrativa ante el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

Cuarto. En fecha 23 de junio de 2021, la entidad TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L. ha interpuesto recurso administrativo mediante escrito presentado en el registro electrónico del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, instando la revocación de dicho acto de exclusión y la suspensión de la licitación.

Quinto. En fecha 24 de junio de 2021, la entidad TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal, instando la revocación del aludido acto de exclusión.

Mediante otrosí se interesa la suspensión del procedimiento de contratación, con arreglo a lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Sexto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal a la entidad pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquella, de fecha 1 de julio de 2021, en el que se interesa la inadmisión del presente recurso por falta de competencia objetiva de este Tribunal y la imposición de multa a la entidad recurrente.



En dicho informe se indica que, como entidad pública empresarial creada para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil y financiada mayoritariamente con ingresos procedentes de mercado, RENFE-Operadora se encuentra incardinada dentro del sector público empresarial (no administrativo), de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, tal y como resulta del Inventario de Entes del Sector Público Estatal (INVESPE), donde se constata que la clasificación de RENFE en la contabilidad nacional es S.11001 (sociedades no financieras públicas: administración central), código que conforme al Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea se corresponde con un productor de mercado. Del examen de las Cuentas Anuales de RENFE-Operadora, publicadas en la página web de la citada entidad, se constata, además, que RENFE-Operadora se financia mayoritariamente con ingresos procedentes de mercado.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 9 de julio de 2021 acordando la denegación de la solicitud de medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. La primera cuestión que necesariamente corresponde analizar es la competencia objetiva o material de este Tribunal para el conocimiento y resolución de la impugnación planteada.

Por lo que respecta a la entidad pública contratante, debe indicarse que la entidad pública empresarial RENFE-Operadora se encuentra comprendida dentro del ámbito subjetivo de aplicación del citado Real Decreto-ley 3/2020, a tenor de su artículo 5.1, conforme al cual quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14, teniendo en cuenta en particular lo dispuesto en su artículo 11 en cuanto a los servicios de transporte, en el sentido de que



este real decreto-ley se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

Junto al elemento subjetivo examinado, corresponde verificar si se cumplen también los requisitos objetivo y funcional. La LCSE establece en su artículo 1.1 lo siguiente:

“El presente real decreto-ley, en su Libro primero, tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas a las que se refiere el artículo 5, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de este real decreto-ley, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:

a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.

b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras.

Así, en cuanto al elemento objetivo por razón de tipo y cuantía del contrato, el artículo 119.1 del Real Decreto-ley 3/2020 establece que:

“1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.”

El objeto del presente recurso lo constituye el acuerdo de exclusión de la licitación para la contratación de referencia, tratándose en principio de un acto impugnabile con arreglo a los artículos 119. 2 b) del Real Decreto-ley 3/2020 y 44.2 b) de la LCSP.



Sin embargo, aunque esta licitación tiene un valor estimado de 5.625.000,00 €, IVA excluido, por lo que la misma supera el umbral mínimo establecido para quedar sometida al ámbito de aplicación de la LCSE, dicho acto no se refiere a ninguno de los contratos sujetos al citado Real Decreto-ley 3/2020.

En el supuesto que nos ocupa se trata de una contratación de suministros con CPV 35113400 - Ropa de protección y de seguridad, por lo que no se cumple el requisito de aplicación objetiva, toda vez que se trata de adjudicar un contrato de suministros de equipos de protección individual (EPI), suministro que no se encuentra entre las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14 de la LCSE, en particular, no resulta incardinable dentro del ámbito objetivo regulado en el artículo 11 de la LCSE, servicios de transporte.

Por ello debe concluirse que en la licitación de que se trata no se cumplen los tres requisitos objetivos establecidos en el aludido artículo 1.1 de la LCSE para que dicha norma resulte aplicable a dicha contratación.

Lo anterior debe ponerse en relación con la Disposición adicional octava de la LCSP que en el último párrafo de su apartado segundo dispone que:

“Los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.

Debe así tomarse además en consideración que, a los efectos previstos en la LCSP, RENFE-Operadora no ostenta la consideración de poder adjudicador, ex. artículos 3.1 j) y 3.3 de la LCSP, por lo que debe apreciarse que no estando la contratación de referencia sujeta a regulación armonizada y no siendo RENFE-Operadora poder adjudicador, por aplicación del artículo 44.1 de la LCSP no cabe tampoco la interposición del recurso especial en materia de contratación frente al acto de exclusión en cuestión.



Particularmente, el artículo 3.3 de la LCSP alude en su apartado d) a:

“Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

En este caso, conforme a las instrucciones de contratación identificadas en el antecedente segundo de esta resolución, estos requisitos legales no resultan predicables de la entidad que aquí nos ocupa.

En consecuencia, por las razones expuestas, debe estarse a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 321 de la LCSP, según el que:

“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Este mismo criterio ha sido mantenido por este Tribunal en diversas resoluciones, entre otras, las números 234/2021, de 5 de marzo de 2021, 266/2021, de 12 de marzo de 2021, y la 581/2021, de 14 de mayo de 2021, tal y como adecuadamente invoca el órgano de contratación en su informe al recurso, en las que acordamos la inadmisión de los respectivos recursos por considerar que la licitación no cae dentro del ámbito de la LCSE y, considerando que la citada entidad contratante no ostenta la condición de poder



adjudicador, constatamos además que las resoluciones en cuestión no eran susceptibles de ser recurridas mediante recurso especial en materia de contratación.

En mérito a lo anteriormente señalado, con base en el régimen jurídico y la doctrina de este Tribunal que han sido expuestos, constando de modo inequívoco y manifiesto esta causa de inadmisión, el presente recurso deviene inadmisibile, debiendo en consecuencia declararse su inadmisión, con arreglo a lo previsto en los artículos 1.1 y 119 del Real Decreto-ley 3/2020 en relación con el artículo 55 apartado a) de la LCSP, por incompetencia de este Tribunal para conocer de esta impugnación.

En este caso consta también que en el propio acto de exclusión objeto de la presente impugnación, se informó diligentemente a la entidad licitadora de cuál era el régimen jurídico de la contratación, el tipo de reclamación a presentar, en su caso, así como el órgano ante el que debía presentarse, resultando del expediente de contratación que la entidad aquí recurrente presentó, en fecha de 23 de junio de 2021 (el día anterior al de la fecha de interposición del presente recurso) el correspondiente recurso administrativo en términos sustancialmente idénticos ante el órgano competente para conocer del mismo- Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana-, encontrándose en tramitación esta última impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por incompetencia de este Tribunal, el recurso interpuesto por D. S. V. M. , en representación de la entidad TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por la Dirección General Económico-financiera de RENFE OPERADORA, para contratar el *“Suministro de equipos de protección individual (EPI): mascarillas autofiltrantes FFP2 sin válvula de exhalación para la prevención del contagio frente al SARS-COV2 en el Grupo RENFE”*, expediente con referencia 2021-00355.



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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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.