



Recurso nº 1477/2021

Resolución nº 1908/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.G.H., en nombre y representación de MADZEAL, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra para contratar el *“Acuerdo Marco para el Mantenimiento y Adquisición de repuestos para blancos Automáticos para carros de combate”*, expediente 2021/ETSAE0906/00000644E; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 21 de abril de 2021, se aprueba la orden de inicio del órgano de contratación.

Segundo. En fecha 11 de agosto de 2021, el órgano de contratación, previos los informes favorables de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército de 12 de mayo de 2021; y de la Intervención del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de 4 de agosto de 2021, aprueba los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (en lo sucesivo, PPT), el procedimiento y la forma de contratación por procedimiento negociado con publicidad.

Tercero. En fecha 10 de septiembre de 2021, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, publicándose el mismo día y por ese medio los pliegos que han de regir el contrato.

Cuarto. En fecha 30 de septiembre de 2021, se interpone recurso contra los pliegos ante este Tribunal.



Quinto. En fecha 21 de octubre de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 29 de octubre de 2021 se presentan alegaciones por la entidad COMERCIAL HERNANDO MORENO COHEMO, S.L., interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 13 de octubre de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a de la LCSP:

“a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

El valor estimado de este contrato es de 3.719.008,26 €.

Se impugnan los pliegos, recurribles conforme el artículo 44.2.a) de la LCSP:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.”

Tercero. Se ha respetado el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 de la LCSP.



Cuarto. En cuanto a la legitimación hemos de detenernos recordando la doctrina reiterada de este Tribunal por todas Resolución nº 750/2019 de 4 de julio de 2019 en la que se dijo lo siguiente:

«En cuanto a la legitimación, dispone el artículo 48 de la LCSP

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

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: “Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación.

Ciertamente, como señala la Resolución nº 862/2018 de 1 de octubre, la LCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente, derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 – confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014-y 37/2015, entre otras).



Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, en el que se la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 -Roj STS 10238/2001-y 9 de marzo de 2006 –Roj STS 1616/2006-). Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), habiéndose llegado incluso a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

En el presente caso, el fundamento de la pretensión del recurrente se basa, en primer lugar, en el desacuerdo con la configuración de los lotes efectuada en los pliegos, lo que considera como una restricción de la competencia, así como, en segundo lugar, en la definición de las prescripciones técnicas del objeto del suministro, considerando incumplidos los requisitos del artículo 126 de la LCSP. En ninguno de los casos se justifica que, como consecuencia de las pretendidas infracciones, la empresa recurrente no haya podido el concurrir a la licitación.

En efecto, aun partiendo de la base de que la interpretación de la legitimación debe hacerse con amplitud, como indica este Tribunal en numerosas resoluciones (por todas, Resolución nº 429/2019), lo cierto es que, en el presente caso, no es posible establecer el vínculo necesario entre los motivos de impugnación del recurrente y la falta de presentación del mismo al procedimiento de contratación pública, por lo que concurre un defecto de falta de legitimación.



En relación a la legitimación del recurrente para impugnar los pliegos en un procedimiento al que no ha concurrido, cabe citar la Resolución nº 477/2019 de 30 de abril, en la que establece el Tribunal:

“(…) Ciertamente, frente a ello se ha opuesto un supuesto excepcional, como son los casos en los que la impugnación va dirigida a los pliegos que rigen la contratación, supuesto en el que se admitiría la legitimación de la recurrente, pero solo en el caso de que las causas invalidantes de los pliegos pretendidas o invocadas por la recurrente, se plantearan en la fase inicial de adjudicación. Así resulta de lo dispuesto dentro de nuestra Resolución nº 1005/2017, de 17 de noviembre de 2017, cuyo Fundamento de derecho quinto establece sobre este particular lo siguiente: “No obstante lo anterior, cabe una posibilidad de excepción a lo señalado hasta ahora, que se apunta en una Resolución anterior de este mismo Tribunal. Así, en la Resolución 924/2015, de 9 de octubre, su Fundamento de derecho segundo señala lo siguiente: “Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado TRLCSP. De los antecedentes que constan en el expediente se desconoce si el empresario al tiempo de impugnar el pliego y el anuncio de licitación se ha presentado al procedimiento de adjudicación (si bien así lo hace constar en su escrito). No obstante y dado que la Jurisprudencia ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pero tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones rectores de la contratación que son los que han impedido a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), debe considerarse que el recurrente está legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación”.

A la vista de esta posibilidad excepcional, resulta necesario comprobar si se da o no en el presente caso. Como vemos, concurre el primer presupuesto apuntado en esta Resolución, como es el de la falta de participación de la recurrente en el procedimiento de contratación. Respecto del segundo aspecto de los apuntados anteriormente, solo cabe esta posibilidad en el caso de que se impugnen los pliegos



o las condiciones rectoras de la contratación que hayan impedido participar a esa persona o entidad en un plano de igualdad en la licitación, esto es, que supongan un obstáculo real y efectivo a una entidad que le impida participar en la licitación en cuestión. (...)”

No se acredita, en el presente recurso, la existencia de un obstáculo real y efectivo que, en los pliegos, impida al recurrente concurrir a la licitación, más allá de una genérica invocación a la vulneración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación: tal impugnación no se corresponde con el fondo de sus pretensiones, en las que no se justifica que la configuración de los lotes o las características y prescripciones técnicas denunciadas, le hayan impedido concurrir a la licitación.»

En este caso concreto la recurrente no ha presentado oferta al proceso de licitación debiendo examinarse entonces los motivos del recurso. Lo cierto es que de los mismos se deduce que se está impugnando los pliegos por existir una limitación a la libre concurrencia y alegando un vicio que imposibilitaría su participación en el procedimiento a lo que debe unirse que la legitimación ser objeto de una interpretación amplia. Es por ello que ha de reconocerse legitimación al recurrente para impugnar los pliegos pese a no haber presentada oferta, puesto que basa su recurso precisamente en que la redacción del pliego le impide participar.

Quinto. Plantea la recurrente dos cuestiones sobre los pliegos, la primera de ellas al señalar que los criterios de solvencia exigidos en el mismo están mal definidos ya que se exige que la experiencia mínima del personal debe ser acreditada por un certificado de la empresa fabricante. Así, la cláusula 12 del PCAP controvertida señala:

“b) Indicación del personal técnico de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad:

1. Disponer al menos el siguiente personal con la capacitación técnica adecuada a los trabajos a realizar en e l objeto del presente PCAP:



□ Se incluirá, al menos, uno de los siguientes titulados:

□ Ingeniero Técnico Industrial especialidad Mecánica.

□ Graduado en Ingeniería Mecánica.

□ O cualquier titulación con atribuciones profesionales equivalentes a las anteriores y legalmente reconocidas por el sistema educativo español.

□ La Empresa Adjudicataria contará al menos con los siguientes trabajadores acreditados:

□ Dos técnicos con al menos 2 años de experiencia en mantenimiento blancos automáticos.

□ Un técnico con al menos u n (2) años de experiencia en trabajos de soldadura y además acredita- ción de estar en posesión de alguno de los siguientes certificados profesionales, expedidos según lo dispuesto en el RO 1525/2011 y en las normas UNE EN ISO 9606 1, para trabajos en acero, y 9606 2, para trabajos en aluminio o certificados equivalentes.

El personal debe acreditar una experiencia mínima de un (2) años, en los servicios de mantenimiento de blancos automáticos. La acreditación de la experiencia se hará mediante certificado EMITIDO POR LA EMPRESA FABRICANTE O INTEGRADORA.

Es esto último, que el certificado lo emita la empresa *fabricante*, lo que a juicio de la recurrente vulnera los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia, añadiendo que otorga a las empresas facultades de índole académica.

No podemos convenir con estas apreciaciones porque, tal y como se señala en el mismo pliego, las titulaciones académicas no se acreditan con estos certificados, sino con los títulos reconocidos en el sistema educativo español, como señala esa misma cláusula. Lo que se acredita con estos certificados es que se tiene experiencia concreta en el mantenimiento de blancos automáticos, y son precisamente las empresas fabricantes o



integradoras de esos blancos quienes pueden certificar qué personas han trabajado con ellos, añadiendo además que el hecho de definir empresas “*fabricantes*” y empresas “*integradoras*” protege la libre concurrencia en este punto. Como señala el órgano de contratación en su informe sobre el recurso, que compartimos en este extremo:

“Atendiendo a la literalidad de la cláusula del PCAP, no se exige que deba ser una determinada empresa fabricante o integradora; sino que la acreditación de la experiencia profesional puede ser emitida por cualquier mercantil que tenga la condición de fabricante o integradora (aunque no lo sean del modelo que, de la prestación del contrato, sino que puede ser también de “... sistemas semejantes, homologables, pero suministrados por otro fabricante o integrador...”).

No hemos de obviar, además, que no se prohíbe en el pliego la posibilidad de acreditar la solvencia con medios ajenos, por lo que esta acreditación de la solvencia no impide a los licitadores concurrir a este proceso de licitación. En este sentido, el propio órgano de contratación señala en su informe que la empresa que emita el certificado relativo a la experiencia profesional “*no tiene que ser una empresa determinada, siendo el único requisito que sea una empresa fabricante o integradora de blancos abatibles similares a los blancos automáticos móviles para carros de combate, que es la prestación que se pretende mantener en el presente expediente de contratación*”.

Por otra parte, cabe recordar aquí la doctrina de este Tribunal sobre la discrecionalidad técnica que asiste a los órganos de contratación para definir con su mejor criterio cómo pueden ser prestadas de la mejor manera posible las prestaciones objeto del contrato, por lo que debe rechazarse las alegaciones del recurso en este punto y aceptar las acertadamente descritas en el órgano de contratación en su informe cuando señala una buena muestra de la doctrina de este Tribunal en cuanto a esa discrecionalidad técnica. Además, a juicio de este Tribunal, se cumple al exigir la solvencia técnica en discusión, que ésta guarda relación con el objeto del contrato y tiene la debida proporcionalidad, pues exigir que se acredite una experiencia de 2 años en los servicios de mantenimiento de blancos automáticos en un contrato de una duración de 3 años (con posibilidad de prórroga de otros 3 años), y siendo el importe de cada anualidad de 750.000 €, no estimamos que pueda tildarse de desproporcionada.



Sexto. La siguiente cuestión que plantea la recurrente se refiere a la manera de definirse el kit de herramientas que a juicio de la recurrente es una necesidad arbitraria y que en puridad no sería pertinente para el desarrollo del contrato. A ello debe añadirse que a juicio del recurrente la definición de ese material es incorrecta, señalando tan solo elementos genéricos, pero sin que pueda concretarse con los datos del catálogo numérico de la OTAN que de ordinario se emplean para definir estos elementos.

El órgano de contratación señala por su parte que la definición de estos elementos es correcta y que lo que debe deslindarse en este punto son dos cuestiones diferentes, una de ellas es la exigencia de ese material para acreditar la solvencia, su exigencia en propiedad y otra es si ese material está correctamente definido.

La primera de las cuestiones debe ser rechazada, la solvencia técnica y su acreditación es una potestad del órgano de contratación a la hora de definir los pliegos, quien en virtud del reiterado y tan citado principio de discrecionalidad técnica viene a definir las necesidades precisas y concretas a satisfacer con el contrato en cuestión y señala además la manera de acreditar la solvencia como garantía de que quien va a prestar finalmente el trabajo reúne las características exigidas en los pliego y en la legislación vigente para esas funciones. Por lo tanto, exigir estar en posesión de un determinado instrumental que a juicio del órgano de contratación es necesario para el desarrollo del trabajo respeta plenamente las exigencias de solvencia técnica previstas en los artículos 90.1.h) y 92 de la LCSP.

La siguiente cuestión que debe analizarse es ¿se puede saber fehacientemente qué elementos o qué material es el que se está exigiendo en el pliego? La cláusula controvertida en concreto señala:

“d) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones

Que la empresa contratista cuente con estas herramientas especiales en el momento previo a la adjudicación, influye directamente en los plazos de entrega y



por lo tanto en la evolución, modernización y en la operatividad de los campos. Se requerirá la acreditación del cumplimiento de este punto a la licitadora clasificada como la oferta de mejor relación calidad precio y se comprobará mediante visita a las instalaciones de la empresa por parte de personal del Órgano de Contratación o quien designe previo a su adjudicación.

Como mínimo, se deberá disponer del siguiente kit de Herramientas de Servicio:

COMPOSICIÓN KIT DE HERRAMIENTAS DE SERVICIO P/N: 8867 098101:

- Target Service Computer*
- Program loading cable SIT/SAT*
- Program loading cable MAT/HMAT*
- Backpack”*

Pues bien, no puede desconocerse que en la Resolución del Recurso nº 1476/2021 se ha anulado esta cláusula del pliego, al allanarse el órgano de contratación, por estimar que la referencia lo es a un kit específico de una marca comercial concreta, cuando en realidad debería hacerse mención de estas herramientas desde un punto de vista genérico o incluir la mención “o similar”. Es por ello, que en clara congruencia con lo dicho en aquella resolución, debemos también estimar esta alegación, toda vez que, si efectivamente se elimina la mención de los números de serie del kit de la marca concreta la definición de los elementos del kit de herramientas queda huérfana de definición; debe redefinirse esta cláusula, señalando las herramientas desde un punto de vista genérico, sin cita, en exclusiva, de una determinada marca o citando ésta pero permitiendo que puedan añadirse equivalentes con las mismas funcionalidades, especificando en tal caso las características requeridas que permitan su identificación y si lo es por referencia a un catálogo debe especificarse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



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

Primero. Estimar, en parte, el recurso interpuesto por D. C.G.H., en nombre y representación de MADZEAL, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra para contratar el *“Acuerdo Marco para el Mantenimiento y Adquisición de repuestos para blancos Automáticos para carros de combate”*, expediente 2021/ETSAE0906/00000644E, en lo relativo a la exigencia reflejada en la cláusula 12 del PCAP de poseer como requisito de solvencia técnica el *“Kit de herramientas de servicio con composición P/N 8867 098-101”* y, por lo tanto, anular dicho extremo del pliego con retroacción de actuaciones al momento procedimental anterior a la aprobación de dicho pliego y desestimar el resto de las cuestiones planteadas en el recurso.

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

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