



Recursos nº 1687/2021

Resolución nº 1922/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTOS los recursos interpuestos por D.X.A.G., en representación de IMAN CORPORATION, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación contra pliegos del procedimiento “*Servicio de atención a los públicos-experiencia de la visita del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.*”, expediente 202100000320, convocado por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tal y como resulta del expediente, y de acuerdo con los antecedentes que constan en el mismo, en fecha 5 de octubre de 2021 se aprueba la orden de inicio del expediente de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, explicándose, en la correspondiente memoria, todos los aspectos relativos al mismo, incluido el valor estimado del contrato (documento nº 6 EA).

Segundo. Tras la tramitación administrativa correspondiente, en fecha 22 de octubre de 2021 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público tanto el Anuncio de



licitación del contrato, como los pliegos relativos al mismo, licitándose mediante procedimiento abierto, urgente y sujeto a regulación armonizada, conforme a los artículos 19 y 22 de la LCSP (documentos nº 9 E.A), abriéndose el correspondiente plazo para la presentación de ofertas, el cual expiró el día 10 de noviembre de 2021, a las 23.59 horas.

Según consta en el certificado aportado al expediente administrativo (documento nº 10 EA), la recurrente IMAN CORPORATION, S.A no concurre a la licitación.

Tercero. Con fecha 12 de noviembre de 2021, D. X.A.G., en representación de IMAN CORPORATION, S.A., presenta escrito por el que interpone recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación. En relación con su legitimación activa sostiene que IMAN CORPORATION, S.A. goza de ella por tener la condición de interesada en el expediente, como potencial licitador en el procedimiento, pero a la que las condiciones establecidas en las normas reguladoras del mismo le perjudican, hasta el punto de no permitirle participar, por ser discriminatorias y restrictivas de la concurrencia.

En cuanto al fondo, la recurrente sostiene que el requisito mínimo de solvencia técnica previsto en el apartado 6.2 del cuadro de características del PCAP, consistente en la necesidad de presentación de una relación de los contratos de objeto similar al de esta licitación, efectuados por la empresa licitadora durante los tres últimos años en el ámbito de Museos y Monumentos, en instituciones que hayan recibido al menos 800.000 visitantes por año, resulta manifiestamente desproporcionado y discriminatorio y, por ello, debe declararse nulo. Añade a esta afirmación la nulidad del proceso por cuanto se preveía una visita, y se incluyeron documentos como la memoria o la orden de inicio con carácter posterior.

Cuarto. El Órgano de contratación (en adelante OC) responde a estas cuestiones, en informe jurídico, de fecha 17 de noviembre de 2021. Dicho informe jurídico viene a rechazar todas y cada una de las cuestiones planteadas por el recurrente alegándose, en primer lugar, que, la visita no era de carácter obligatorio, y que los documentos cuya omisión se alega como productora de nulidad, se refieren a hitos del procedimiento existentes y de fecha anterior y tempestiva, siendo además publicados, y figurando en el expediente.



En cuanto al fondo, el OC alega que a la licitación se han presentado 10 empresas, una de ellas como UTE y dos empresas más confirman que se configurarán como UTE, en caso de ser adjudicatarias, por lo que existen distintas fórmulas para presentar la oferta al concurso cumpliendo los requisitos. Añade, entre otras cosas, que la petición de solvencia obedece al conocimiento y experiencia que se considera necesario que las empresas licitadoras tengan respecto al objeto del servicio, teniendo en cuenta que se requiere una atención esmerada, manejando grandes cantidades de personas, está vinculada al objeto del contrato y no resulta discriminatorio por cuanto sólo excluye a aquellas empresas que no pueden atender las necesidades del Museo con cierta garantía de calidad en la prestación de este servicio público.

Quinto. En fecha 18 de noviembre de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que ninguno de ellos haya hecho uso de su derecho, salvo la mercantil MAGMACULTURA, SL, que, sin embargo, presenta su escrito de alegaciones fuera de plazo, pues consta su recepción en el expediente en fecha 26 de noviembre de 2021.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de éste dictó Resolución, de fecha 26 de noviembre 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 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.

No obstante, el Fundamento Jurídico Tercero de la mencionada resolución se dispone expresamente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.4 de la LCSP, salvo que se acuerde lo contrario por el Tribunal, cosa que no ha ocurrido, la suspensión del procedimiento que pueda adoptarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.



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 45.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP, ya que el acto impugnado es publicado en la plataforma en fecha 22 de octubre de 2021 (documento 9 del E.A), y el presente recurso especial fue interpuesto el día 12 de noviembre de 2021.

Tercero. Se ha presentado recurso en relación con un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) de la LCSP), susceptible por ello de enjuiciamiento por este Tribunal, y se refiere, igualmente, a una actuación impugnada ex artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal, pues el acto recurrido son los pliegos del contrato de servicios, siendo por ello susceptible de ser impugnado por medio del presente recurso especial.

Cuarto. Con relación a la legitimación, según 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”*. En el presente caso, el recurso se interpone por una empresa que no ha presentado oferta, tal y como se deduce del documento nº 10 del expediente administrativo. El recurso fue presentado en fecha 12 de noviembre de 2021, es decir, con posterioridad al plazo de finalización de presentación de ofertas, el cual expiraba el día 10 de noviembre de 2021.

El recurrente fundamenta su recurso en tres alegaciones:

a) La que constituye el fundamento último de su recurso, que se refiere a la inclusión por el órgano de contratación de un criterio de solvencia técnica o profesional desproporcionado y, consiguientemente, discriminatorio.



b) Que, con fecha 26 de octubre de 2021 se publicó por el órgano de contratación en la Plataforma de Contratación del Sector Público un documento denominado “Visita técnica”, en el que se ofrece a los licitadores la posibilidad de realizar una visita técnica a las instalaciones de la sede principal del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. El recurrente lo interpreta como una modificación del Pliego de Cláusulas Administrativas, y reprocha al órgano de contratación que no ampliara el plazo de presentación de ofertas.

c) El órgano de contratación ha publicado en su Perfil del Contratante, exclusivamente, el PCAP y el PPT. No consta ningún otro documento, tales como la memoria justificativa de la necesidad de contratar o el informe de insuficiencia de medios.

Debemos traer a colación la doctrina de este tribunal en relación con este tipo de situaciones, a fin de decidir, si, pese a no haber presentado oferta, se le puede conceder la condición de legitimado al recurrente. Pues bien, la Resolución nº 637/2018, de 6 de julio (por todas) recuerda la postura del Tribunal en asuntos de este tipo, en que se recurren los Pliegos del contrato por parte de una entidad que finalmente no ha concurrido a la licitación en los siguientes términos: *“Ante tal situación, no podemos sino apreciar la falta de legitimación, pues la recurrente no ha participado en el procedimiento, por lo que, aun cuando este Tribunal hubiera sido competente, y aun cuando el procedimiento hubiera podido calificarse como un procedimiento administrativo de contratación, la recurrente no se vería afectada en sus derechos o intereses legítimos al no haber tomado parte en éste. Debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal sobre la materia, sintetizada, por ejemplo, en la resolución 564/2017: “Debe, por tanto, traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que teniendo en cuenta que, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta 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-), la regla general es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de*



igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Como se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones de este Tribunal esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”.

Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: <<27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate”.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, debemos reconocer al recurrente legitimación activa para recurrir, en razón al objeto de su recurso especial, consistente en la existencia de una serie de circunstancias supuestamente discriminatorias en los pliegos que han actuado como barrera impidiéndola presentar la oferta correspondiente, sin que el expresado juicio de legitimidad suponga la admisión del planteamiento de fondo, tal y como veremos.

La recurrente ha invocado un aspecto de la licitación, relativo al requisito de solvencia técnica o profesional, que le haya impedido su participación. Es éste, precisamente, el aspecto que conviene analizar de forma particular, pues si para la participación en el



procedimiento se exigiera algún requisito con carácter discriminatorio, que supusiera una barrera real a la posibilidad de que presente oferta, se entendería salvado el obstáculo de legitimidad, pues se entendería, en este caso, que no presentó oferta porque no le fue imposible por causa de ilegalidad. Es lo que ocurre en el presente caso, pues recurrente sostiene que el órgano contratante, en el punto 6.2 del cuadro de características del PCAP exige que la solvencia técnica o profesional se acredite mediante la presentación de una relación de los contratos de objeto similar al de esta licitación, efectuados por la empresa licitadora durante los tres últimos años en el ámbito de Museos y Monumentos, en instituciones que hayan recibido al menos 800.000 visitantes, lo cual le ha impedido al recurrente presentar oferta por no contar con tal requisito de solvencia.

Quinto. De acuerdo con lo anterior, y en cuanto al fondo del asunto, el objeto de la controversia se reduce al juicio de legalidad de la cláusula 6.2 del PCAP, relativo al requisito de solvencia técnica o profesional que ha de acreditarse, considerado discriminatorio y desproporcionado por el recurrente, y defendido por el OC en los términos ya expuestos en los antecedentes.

Pues bien, en el apartado 6.2 del cuadro de características del PCAP se indica que: *“La solvencia técnica o profesional se acreditará mediante: Presentación de una relación de los contratos de objeto similar al de esta licitación, efectuados por la empresa licitadora durante los tres últimos años en el ámbito de Museos y Monumentos, en instituciones que hayan recibido al menos 800.000 visitantes por año, y que incluya el importe, las fechas y el destinatario, avalados por certificados de buena ejecución que acrediten, las cifras de visitantes de las instituciones y la experiencia en el servicio que se contrata, Servicio de Atención e Información al Visitante - Experiencia de la Visita en el ámbito de Museos y/o Monumentos. Los certificados de buena ejecución deben incluir también, el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que habrá de ser igual o superior al 70% de la anualidad media, es decir, 698.505,12 €”.*

El artículo 90.2 de la LCSP dispone que: *“En el anuncio de licitación o en la 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 los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.

Por su parte, el artículo 74.2 de la LCSP, establece lo siguiente (el subrayado es nuestro) en relación con la determinación de los requisitos mínimos de solvencia: *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*

Pues bien, los medios y requisitos mínimos de solvencia previstos en el PCAP del contrato impugnado entendemos que son perfectamente compatibles con lo dispuesto en el artículo 90.1.a) y 74.2 de la LCSP, y con el derecho del OC a definirlos en la forma que considere técnicamente, sin que se haya producido ningún desbordamiento de sus facultades. En efecto, del apartado 6.2 del cuadro de características del PCAP se desprende que, como requisito mínimo de solvencia se exige:

- Que en los últimos tres años la empresa licitadora haya ejecutado servicios similares en el ámbito de Museos y Monumentos, en instituciones que hayan recibido al menos 800.000 visitantes por año.

- Que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de los últimos tres sea igual o superior al 70% de la anualidad media, es decir, 698.505,12 €.

El hecho de exigir que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato no resulta cuestión controvertida por parte del recurrente, el cual ciñe la controversia en el hecho de exigir que los servicios similares se hayan ejecutado única y exclusivamente en el ámbito de Museos y



Monumentos que hayan recibido al menos 800.000 visitantes por año. En relación con ello, no cabe duda de que el PCAP no impone ninguna condición que pueda ser ni discriminatoria, ni desproporcionada, ni desvinculada del objeto del contrato.

No es discriminatoria porque se trata de un requisito general exigible a todos los licitadores, que no coloca en mejor posición a nadie en concreto, ni impide la concurrencia, como demuestra el hecho de que se han presentado finalmente diez licitadores, algunos de ellos acudiendo a fórmulas de colaboración (UTE), perfectamente compatibles, que les permitan completar su solvencia técnica.

Tampoco resulta desproporcionada por cuanto el artículo 90 permite la exigencia de *“servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”*, permitiendo el Pliego la acreditación de la solvencia con la presentación de contratos similares no sólo en el ámbito de los Museos, sino también de los Monumentos, lo cual indica flexibilidad, a la vez que vinculación al objeto del contrato. A esta circunstancia ha de añadirse que, tal y como pone de manifiesto el OC, la exigencia de acreditar una experiencia en la gestión de museos y monumentos que reciban al menos 800.000 visitantes al año, es perfectamente proporcionada con el volumen de visitantes que va a constituir el contenido del servicio que se licita, y para lo cual los licitadores han de acreditar ser solventes y estar preparados, pues el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía recibe una media de 4 millones de visitantes cada año, siendo incluso el año 2020 superior al millón, pese a las circunstancias, por lo que la exigencia de acreditación de experiencia de gestión de centros de más de 800.000 visitantes no es en modo alguno ni desproporcionada, ni desvinculada del objeto del contrato.

En relación con este último aspecto, la necesidad de que los requisitos de solvencia mínima del contrato estén vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo, exigido en el art. 74.2 de la LCSP, a lo señalado anteriormente ha de añadirse que la exigencia de antecedentes de gestión lo es en relación directa con el objeto del contrato que se licita, pues se exige experiencia en gestión de museos y monumentos, considerados de igual naturaleza del contrato que se oferta.



Respecto al hecho de no tenerse en cuenta la experiencia que pueda acreditarse en la gestión de otro tipo de centros culturales, el Museo considera que las empresas participantes en el concurso deben ser conocedoras específicamente del segmento “museos y monumentos”, ya que cada sector cultural tiene su propia tipología de públicos, por lo que se considera imprescindible conocer el sector, ya que uno de sus objetivos primordiales en la atención al visitante, es ofrecer atención e información personalizada como signo identitario y de calidad de la institución, lo cual es perfectamente lógico, sin que tal razonamiento suponga discriminación alguna.

Ha de tenerse en cuenta que, a este respecto, y de acuerdo con el artículo 74.1 LCSP corresponde al órgano de contratación fijar la solvencia exigible y, en tal sentido, este Tribunal ha venido declarando de forma reiterada que las condiciones mínimas de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación en el ejercicio de su discrecionalidad técnica; por todas, en la resolución nº 252/2019, de 5 de marzo, cuando afirmábamos: *“Por tanto, es al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación”*.

De acuerdo con lo expuesto, no corresponde al recurrente, potencial licitador, decidir qué ámbitos culturales han de ser asimilables al objeto del contrato de servicios licitado, siendo una potestad discrecional del órgano tal decisión, así como la experiencia de gestión exigible, sin que se haya producido ninguna vulneración de los elementos reglados de la potestad, pues la solvencia técnica profesional exigida es perfectamente proporcional y vinculada al objeto del contrato, en los términos expuestos



Por último, en relación con la visita programada, ha de ponerse de manifiesto que no puede ser considerada como un requisito discriminatorio ni impeditivo, dado su carácter no obligatorio. En todo caso, tal pretensión de nulidad, precisamente por el carácter voluntario de la visita, junto con la alegación de falta de remisión del expediente completo, no permitirían superar el juicio de legitimidad del recurrente para recurrir, pues estas circunstancias, ni son discriminatorias, ni le hubieran impedido presentar oferta.

Por todo lo anterior, el presente recurso ha de ser íntegramente desestimado.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.X.A.G., en representación de IMAN CORPORATION, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación contra pliegos del procedimiento “*Servicio de atención a los públicos-experiencia de la visita del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.*”, expediente 202100000320, convocado por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa 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.