



Recurso nº 948/2022 C.A. Illes Balears 52/2022

Resolución nº 1096/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. J., en representación de SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA), contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany de 15 de junio de 2022 por el que se acordó la exclusión de la citada empresa del procedimiento de contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria en la vía pública de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas,”* expediente 690/2022, y contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el mencionado procedimiento de contratación, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se ha tramitado por el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany el procedimiento de contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de*



señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas" (Expediente 690/2022), por un valor estimado de 4.490.824,01 €.

Segundo. En el marco del citado expediente, con fecha 1 de mayo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el correspondiente anuncio de licitación, con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que aquélla se rige.

Tercero. Con fecha 30 de mayo de 2022, D. J. M. J., actuando en representación de SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA), se dirigió a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del mencionado expediente de contratación, y concretamente contra la regulación de la solvencia económica y financiera contenida en su cláusula octava, apartado 3.1, al amparo de lo establecido en los arts. 44 y siguientes 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), solicitando:

“Que tenga por presentado recurso especial en materia de contratación, con los documentos que al mismo se acompañan, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares publicadas en la Plataforma de contratación del sector público realizada por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, Ibiza, del servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria en la vía pública de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de su señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas (nº expediente 690/2022) y, previa la tramitación legal que corresponda, dicte resolución en la que resuelva anular el apartado 3.1, de su cláusula octava, por las razones ya expuestas a lo largo del presente recurso con una nueva redacción con criterios equitativos y no excluyentes.”

Cuarto.- Con fecha 14 de julio de 2022, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dictó Resolución nº 878/2022, acordando la inadmisión del recurso mencionado



en el Antecedente de hecho anterior (Recurso nº 695/2022 / C.A. Illes Balears 39/2022), por haber sido interpuesto extemporáneamente, una vez expirado el plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP para los recursos especiales en materia de contratación en los que se impugnen los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares publicados junto con el anuncio de licitación.

Quinto.- En el marco del mismo procedimiento de contratación, con fecha 15 de junio de 2022, la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany acordó la exclusión de la empresa SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA) del procedimiento de contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas”* (Expediente 690/2022), por no disponer de la solvencia exigible en los Pliegos para participar en el mismo. El acuerdo de exclusión fue notificado a la citada empresa el 24 de junio de 2022.

Sexto. Con fecha 15 de julio de 2022, D. J. M. J., actuando en representación de SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA), ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión mencionado en el Antecedente de hecho anterior, al amparo de lo establecido en los arts. 44 y siguientes de la LCSP, solicitando:

“Que tenga por presentado recurso especial en materia de contratación, con los documentos que al mismo se acompañan, frente al acto de exclusión de la licitación recogido en el acuerdo del acta de la mesa de contratación de fecha 15 de junio de 2022 y frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares publicado en la Plataforma de contratación del sector público realizada por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, Ibiza, del servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria en la vía pública de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de su señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas (nº expediente 690/2022) y, previa la tramitación legal que corresponda, dicte resolución en la que resuelva declarar la nulidad el apartado 3.1, de su cláusula octava del PCAP e igualmente declarar la nulidad del acuerdo del



acta de la mesa de contratación de fecha 15 de junio de 2022, por el que se excluye de la licitación a SILSA por las razones expuestas a lo largo del presente recurso.”

Séptimo. Se ha remitido a este Tribunal por el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany el correspondiente expediente de contratación, de acuerdo con lo establecido en el art. 56.2 de la LCSP, así como el preceptivo informe previsto en la misma norma legal.

Octavo. La Secretaría del Tribunal en fecha 27 de julio de 2022 dio traslado del recurso a la otra empresa interesada en el procedimiento de contratación, VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., concediéndole un plazo de cinco días hábiles para la formulación de alegaciones, de conformidad con lo previsto en el art. 56.3 de la LCSP. Con fecha 3 de agosto de 2022 la citada empresa ha presentado escrito de alegaciones, en el que solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la exclusión de la empresa recurrente y de los Pliegos aprobados por el órgano de contratación con relación a la solvencia económica y financiera.

Noveno. Con fecha 27 de julio de 2022, la Secretaría General del Tribunal, actuando por delegación de este, ha dictado acuerdo concediendo la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación solicitada por la entidad recurrente, en aplicación de lo previsto en los arts. 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación, en el que se recurre el acuerdo de exclusión de una empresa licitadora y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) por el que se rige un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, en su condición de Entidad que integra la Administración local, como es el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de conformidad con lo establecido en el art. 46.2 y 4 de la LCSP, y en el Convenio suscrito el 23 de septiembre de 2020 entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sobre



atribución de competencias de recursos contractuales (B.O.E. nº 262, de 3 de octubre de 2020).

Segundo. Las actuaciones impugnadas son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, por estar incluidas en los apartados a) y b) del art. 44.2 de la LCSP, al recurrirse el acuerdo de exclusión de un licitador y el PCAP por el que se rige un procedimiento de contratación referido a uno de los contratos enumerados en el art. 44.1 de la LCSP, como es el de servicios de valor estimado superior a 100.000 €.

Tercero.- No obstante, el recurso únicamente puede ser admitido en cuanto a la impugnación del acuerdo de exclusión de la empresa recurrente adoptado por la Mesa de Contratación con fecha 15 de julio de 2022, pero no en lo que se refiere a la impugnación de la cláusula octava, apartado 3.1, del PCAP, ya que ésta última se formula de forma extemporánea, una vez expirado el plazo establecido en el art. 50.1 de la LCSP para los recursos especiales en materia de contratación en los que se impugnen los Pliegos publicados junto con el anuncio de licitación (*“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: ... b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”*).

A este respecto, debe reiterarse cuanto este Tribunal expuso en su Resolución nº 878/2022, de 14 de julio de 2022, por medio de la cual se inadmitió el primer recurso interpuesto por el representante de la empresa SILSA contra la mencionada cláusula del PCAP aplicable a esta licitación. Al igual que entonces, la impugnación de dicha cláusula ha de reputarse extemporánea, ya que se formula tras la expiración del plazo previsto en el art. 50.1 de la LCSP para los recursos especiales en materia de contratación en los que se impugnen los Pliegos publicados junto con el anuncio de licitación. En este caso, el PCAP se publicó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con aquel anuncio, el día 1

de mayo de 2022, de modo que el plazo legal de quince días hábiles para su impugnación ya había expirado el 15 de julio de 2022, fecha de presentación del recurso que ahora nos ocupa; de lo que se deriva la procedencia de la inadmisión del recurso, en lo referido a esta concreta pretensión, por haber sido interpuesto de forma extemporánea.

Cuarto.- Expuesto lo anterior, en lo que se refiere a la parte en que ha de ser admitido, que es la relativa a la impugnación del acuerdo de exclusión de aquélla del procedimiento de contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas”*, adoptado por la Mesa de Contratación de la Corporación local con fecha 15 de julio de 2022, la entidad recurrente ostenta la necesaria legitimación activa, al perjudicar o afectar a sus derechos o intereses legítimos la actuación objeto de recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, procede exponer las siguientes consideraciones:

1º) El apartado 3.1 de la cláusula octava (*“Acreditación de la aptitud para contratar”*) del PCAP aplicable a la licitación establece que *“la solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por los siguientes medios: Acreditar tener un volumen anual de negocio equivalente a una vez y media el valor estimado del contrato. Criterio de selección y requisitos mínimos: Como mínimo deberá acreditarse tener un volumen anual de negocio en el ámbito al que se refiere el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los 3 últimos disponibles, que sea mayor o igual a una vez y media el valor estimado del contrato”*.

El valor estimado del contrato, para el que se prevé una duración de ocho años (como consecuencia de la consideración del período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el mismo), es de 4.490.824,01 €, de modo que el volumen anual de negocio exigido a los licitadores para acreditar su solvencia económica y financiera, de acuerdo con el apartado 3.1 de la cláusula octava, sería de 6.736,236,01 €.

Como indica la empresa recurrente, durante el procedimiento de contratación un licitador se dirigió al órgano de contratación formulando la pregunta de si, al ser la duración del contrato



superior a un año, sería de aplicación lo establecido en el art. 87.3.a) de la LCSP, de modo que el volumen anual de negocio exigido a las empresas debía ser al menos de una vez y media del valor anual medio del contrato, y no una vez y media el valor estimado del contrato.

La respuesta del órgano de contratación, publicada el 19 de mayo de 2022, fue la siguiente:

“El nivel de solvencia ha sido establecido por el órgano de contratación observando la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica del contrato. Para el caso de la solvencia económica y financiera, se aplican a falta de previsión en el PCAP ya que el artículo 87.3 de la LCSP establece los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación cuando, no siendo precisa la clasificación del licitador, los pliegos del contrato no concreten ninguna regla. En este sentido, el artículo 87.3 expresa esa posibilidad siempre que el objeto del contrato se encuentre incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos clasificados vigentes, no resultando aplicable para este caso.”

2º) Con fecha 15 de julio de 2022, la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany dictó acuerdo excluyendo de la licitación a la empresa recurrente, SILSA, por no disponer de la solvencia económica y financiera exigida en el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP, al no acreditar un volumen anual de negocio de al menos 6.736,236,01 € (una vez y media el valor estimado del contrato) en el mejor ejercicio de los tres últimos disponibles.

3º) La empresa SILSA impugna el mencionado acuerdo de exclusión, reiterando sustancialmente los argumentos en los que fundamentó el recurso especial que en su momento planteó contra el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP, y que como ha quedado expuesto, fue inadmitido por este Tribunal por haberse interpuesto de forma extemporánea. La empresa recurrente, tras hacer referencia a varias Resoluciones de este Tribunal en las que se consagra la doctrina de que, aun cuando ya haya expirado el plazo para recurrir contra los Pliegos, sigue siendo posible la impugnación de los actos de aplicación de aquéllos, si están fundamentados en una cláusula afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho, recurre el acuerdo de exclusión de la licitación, manteniendo que el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP, en el que se fundamenta, incurre en un vicio de nulidad plena,



por aplicación de los arts. 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), 39.2.a) de la LCSP y 1.255 y 1.266 del Código Civil. En consecuencia, solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany el 15 de junio de 2022, fundamentado en una cláusula del PCAP que califica como nula de pleno de derecho.

Sexto.- La reciente Resolución de este Tribunal nº 592/2022, de 19 de mayo (Recurso nº 467/2022), expone detalladamente nuestra doctrina sobre la impugnación de los actos aplicativos de los Pliegos con fundamento en supuestos vicios de nulidad de las cláusulas de éstos, en los supuestos en que no se hubiera interpuesto recurso contra los propios Pliegos en tiempo y forma debidos, con invocación de otras Resoluciones dictadas anteriormente por este órgano y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“Séptimo. (...) Es conocida nuestra doctrina sobre la alegación de vicio en los pliegos, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por los licitadores que presentaron oferta, con ocasión de un recurso contra actos posteriores.

Tal comportamiento constituye una vulneración del principio general del derecho que prohíbe ir contra los propios actos (venire contra factum proprium non valet), principio que como señala nuestro Tribunal Supremo “constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente” (STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1995, Roj: STS 8172/1995- ECLI:ES:TS:1995:8172)

Ese principio en la impugnación extemporánea de los pliegos se recoge expresamente en el artículo 50.1.b) de la LCSP cuando señala, en su cuarto párrafo, 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”.



El principio general del derecho es también aplicable, como es el caso, a quien, con mala fe, aprovecha la interposición del recurso contra otro acto, como una exclusión, para impugnar los pliegos que en tiempo y forma no recurrió, aceptándolos incondicionalmente con la presentación de su proposición.

No obstante, nuestra doctrina admite que, como excepción a la regla general de inatacabilidad de los pliegos no recurridos y aceptados, se admita dicha impugnación cuando las cláusulas de los pliegos controvertidas son nulas de pleno derecho ex artículo 47.1 de la LPACAP.

Esta doctrina sobre la posibilidad excepcional de impugnar los pliegos con ocasión del recurso de actos posteriores atiende junto a circunstancias objetivas, cuál es el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno derecho alegados, a otras subjetivas, como la apreciación de si esa alegación extemporánea se ha producido quebrantando las exigencias de la buena fe, infracción que tiene lugar cuando un licitador razonablemente informado y normalmente diligente pudo apreciar la existencia del vicio en el momento en que procedía impugnar los pliegos.

Así no basta con que el vicio alegado sea de nulidad, sino que, además, es necesario que la recurrente actúe de buena fe, de modo que la no impugnación en tiempo y forma de los pliegos esté justificada para un licitador informado y diligente.

En fin, esta nuestra doctrina es coincidente con la jurisprudencia.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso, Sección 4ª, nº 398/2021, de 22 de marzo 2021 (Roj: STS 1196/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1196), en su fundamento jurídico cuarto señala:

<<1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).



2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad ". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión ". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas. >>

Pues bien, en este caso no hay un vicio de nulidad radical y, además, la recurrente actúa con manifiesta mala fe al alegar el hipotético vicio extemporáneamente.

La existencia de la causa de nulidad invocada, vicio que debe ser interpretado restrictivamente, exige, de acuerdo con la jurisprudencia, que para que el acto sea nulo por contenido imposible bien ha de resultar inadecuado, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recae, bien encerrar una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que



racionalmente se considera insuperable, bien que su contenido sea indeterminado, ambiguo o ininteligible (por todas STS número 155/2017, de 2 de febrero de 2017, Roj: STS 155/2017 ECLI:ES:TS:2017:155).

Así en las cláusulas y apartados del PCAP impugnados no se aprecia ininteligibilidad, ni entre ellos existe una contradicción interna insuperable, de manera que su contenido no es imposible, pues como señala acertadamente en su informe el órgano de contratación, la documentación precisa para valorar los criterios dependientes de juicio de valor a los que se refiere el recurso, claramente delimitados respecto de los automáticos, no obliga a anticipar los datos necesarios para la valoración de los segundos, pues en unos y otros se valoran cosas por completo distintas, en el primer caso cómo se distribuyen en función de las dimensiones las embarcaciones dentro de la lámina de agua, y en el otro la propuesta concreta del uso para cada amarre.

Pero es que, además, el vicio de existir pudo ser apreciado desde un primer momento por el licitador recurrente, pues la contradicción que en su recurso afirma que existe, por insalvable como en él la expone, sería patente por la mera lectura del pliego y, por tanto, de producirse debía conocerla y alegarla en tiempo y forma, bien mediante la solicitud de una aclaración al órgano de contratación, bien interponiendo el procedente recurso contra el pliego, sin que haya hecho ninguna de ambas cosas, siendo extemporáneo e impertinente hacerlo ahora cuando su exclusión perjudica sus intereses.

Procede por ello desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido."

Séptimo. La aplicación de esta consolidada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al caso presente ha de conducir a la desestimación del recurso interpuesto por SILSA contra el acuerdo dictado el 15 de julio de 2022 por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, por el que se excluyó a esa empresa del procedimiento de contratación por no disponer de la solvencia económica y financiera exigida en el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP (acreditar un volumen anual de negocio, en el mejor de los últimos tres ejercicios disponibles, de al menos



6.736,236,01 €, equivalente a una vez y media el valor estimado del contrato, 4.490.824,01 €), por los motivos que seguidamente se expondrán.

En primer lugar, la argumentación articulada por la empresa recurrente para la impugnación de la mencionada cláusula del PCAP no acredita la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, como aquélla pretende, sino únicamente, en el caso de que efectivamente concurriera, de un vicio de anulabilidad. En efecto, como anteriormente se indicó, SILSA mantiene que el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP, al imponer un requisito de solvencia económica y financiera consistente en la justificación de un volumen anual de negocio de una vez y media el valor estimado del contrato, infringe lo establecido en el art. 87.3 de la LCSP, que prevé que *“el criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año”*. Y ello, porque, según indica, el contrato licitado tiene una duración de ocho años, por lo que el volumen anual de negocios exigido debería ser de 842.029,50 €, que es una vez y media el valor anual medio del contrato (561.353 €, resultado de dividir entre ocho años el valor estimado total de 4.490.824,01 €); sin que el órgano de contratación haya justificado en el expediente que la elevada exigencia de solvencia económica y financiera establecida en el PCAP sea proporcionada a la complejidad técnica y a la dimensión económica del contrato, limitándose a invocar estas circunstancias sin acreditarlas.

En relación con esta argumentación de la empresa recurrente, el órgano de contratación mantiene en el informe remitido a este Tribunal que, de una parte, la previsión del art. 87.3.a) de la LCSP no es de aplicación al presente caso, ya que se trata de una norma establecida supletoriamente por el legislador para determinar el criterio de solvencia económica y financiera en los casos en que se trate de *“contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación”*, supuesto fáctico que aquí no concurre, ya que el PCAP aplicable sí que concreta de forma expresa el criterio de acreditación de la solvencia. Y, por otro lado, que no era exigible la



motivación del volumen anual de negocios exigido a los licitadores por este concepto, ya que el importe establecido se encuentra dentro de la previsión legal contenida en el art. 87.1.a) de la LCSP, precepto que únicamente exige la justificación del ese volumen exigido cuando se supere el importe de una vez y media el valor estimado del contrato, lo que aquí no ocurría (*“La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación: a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros...”*).

De todo ello se deduce que la cuestión suscitada por la empresa recurrente no es otra que la consistente en si el importe del volumen anual de negocios exigido en el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP era o no ajustado a lo previsto en el art. 87 de la LCSP y, concretamente, si el órgano de contratación estaba legalmente facultado por el apartado 1 de ese precepto para exigir un volumen anual de negocio de una vez y media el valor estimado total del contrato, o si por el contrario, estaba sujeto a la limitación de que esa exigencia no pudiera superar una vez y media el valor estimado anual del contrato, al ser la duración de éste superior a un año, por imperativo del apartado 3.a) de la misma norma. Cualquiera que sea el criterio que se adopte respecto de esta cuestión (sobre la que se pronunció este Tribunal en su Resolución nº 521/2021, de 14 de mayo, Recurso nº 402/2021, dictada como consecuencia de un recurso interpuesto en aquel caso en tiempo y forma contra los Pliegos que regían la licitación), lo cierto es que la misma plantea un debate de legalidad ordinaria, que eventualmente podría conducir a la adopción de una resolución anulatoria por infracción del ordenamiento jurídico, ex art. 40 de la LCSP, sin que sea posible su planteamiento en términos de existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, por no poder ser reconducida



a ninguno de los supuestos que generan este efecto jurídico, cuya interpretación ha de ser estricta, con arreglo a lo dispuesto en el art. 39 de la LCSP.

En este sentido, no puede ser acogido ninguno de los motivos de nulidad invocados por SILSA para sustentar su alegato de nulidad radical de la previsión del apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP. En primer lugar, no concurre en este caso la pretendida infracción del derecho de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 de la Constitución Española, en la que la empresa recurrente trata de fundamentar su pretensión de declaración de nulidad al amparo de los arts. 39.1 de la LCSP y 47.1.a) de la LPACAP, ya que la aplicación por el órgano de contratación de la exigencia sobre solvencia económica y financiera contenida en el PCAP, admitiendo o no a los licitadores en función de que cumplan o no esa exigencia, no implica un trato discriminatorio entre los participantes en el procedimiento de contratación, sin que pueda ser calificado como tal el hecho de que algunos de ellos puedan cumplir los requisitos establecidos en los Pliegos y otros, en cambio, no puedan hacerlo. Tampoco pueden acogerse como argumentos suficientes para fundamentar la alegación de nulidad de pleno derecho los que articula seguidamente la empresa recurrente, invocando al art. 39.2.a) de la LCSP, que regula una causa de nulidad aplicable a los contratos ya celebrados por los poderes adjudicadores, y no a los actos preparatorios de esos contratos (*“Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71”*) y los arts. 1.255 (*“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*) y 1.261 (*“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca”*), preceptos que no se aprecia cómo podrían resultar de aplicación al presente caso.



En suma, debe concluirse que el recurso planteado por SILSA contra el acuerdo de exclusión de su oferta dictado el 15 de julio de 2022 por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, por más que trate de ampararse en una causa de nulidad radical en que, en criterio de la empresa recurrente, incurriría el apartado 3.1 de la cláusula octava del PCAP, en el que se fundamenta aquel acuerdo, plantea en realidad una cuestión de mera anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico, y específicamente del art. 87.3.a) de la LCSP. Ello implica que, de acuerdo con la consolidada doctrina de este Tribunal, una vez que la empresa recurrente dejó pasar el plazo para la impugnación del Pliego en tiempo y forma, no es posible acoger la impugnación indirecta del contenido del mismo, que ha sido consentido como *“lex contractus”* por aquélla y por las demás participantes en la licitación, al no concurrir la excepción a esta regla que únicamente sería posible si la cláusula controvertida incurriese en un vicio de nulidad de pleno derecho, lo que no es el caso.

Octavo. A lo anteriormente expuesto debe añadirse que en el supuesto suscitado se aprecia que la impugnación por parte de SILSA del acuerdo de exclusión, tras no haber recurrido en tiempo y forma el PCAP (como ya declaramos en nuestra Resolución nº 878/2022, de 14 de julio, que acordó la inadmisión del recurso que presentó fuera de plazo contra dicho Pliego) no se aviene a las exigencias de la buena fe, ya que la empresa recurrente, con una información razonable y una diligencia normal, pudo apreciar la existencia de la infracción legal que denuncia en su recurso dentro del plazo de que disponía para la impugnación de los Pliegos por los que se regía la licitación.

A este respecto, debe recordarse que el anuncio de licitación y los Pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 1 de mayo de 2022, y que, además, como el mismo recurrente pone de manifiesto en su recurso, el día 19 de mayo de 2022 el órgano de contratación publicó la respuesta a la consulta planteada por un licitador sobre si, al tener el contrato una duración superior a un año, le sería de aplicación la previsión del art. 87.3.a) de la LCSP sobre limitación del volumen anual de negocio exigido a las empresas a una vez y media del valor anual medio del contrato; respuesta en la que se indicó lo siguiente:

“El nivel de solvencia ha sido establecido por el órgano de contratación observando la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión

económica del contrato. Para el caso de la solvencia económica y financiera, se aplican a falta de previsión en el PCAP ya que el artículo 87.3 de la LCSP establece los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación cuando, no siendo precisa la clasificación del licitador, los pliegos del contrato no concreten ninguna regla. En este sentido, el artículo 87.3 expresa esa posibilidad siempre que el objeto del contrato se encuentre incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos clasificados vigentes, no resultando aplicable para este caso.”

Al publicarse esta respuesta, de la que la empresa recurrente manifiesta expresamente haber tenido conocimiento, todavía estaba abierto el plazo para la interposición del recurso especial contra el PCAP por el que se regía la licitación, de tal modo que aquella pudo haber hecho uso de esta posibilidad, lo que no llevó a cabo hasta el 30 de mayo siguiente, cuando ese plazo ya había concluido.

En suma, a la vista de todo ello, este Tribunal considera que a la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, que sería imprescindible para la admisión de un recurso indirecto contra una cláusula del Pliego no recurrida en tiempo y forma, ha de añadirse en este caso la consideración de que la no impugnación directa de esa cláusula en el momento procedimental oportuno, no estaba suficientemente justificada para un licitador informado y diligente. Éste debió y pudo conocer en aquel momento el contenido de la cláusula, que era inequívoca y que, además, fue objeto de una interpretación y aclaración publicada por parte del órgano de contratación que no dejaba lugar a dudas acerca de su alcance. El vicio, de existir efectivamente (y, en todo caso, eventualmente generador de anulabilidad y no de nulidad radical), pudo ser apreciado desde un primer momento por el licitador recurrente, pues el sentido de la cláusula (exigir a los licitadores la acreditación de la solvencia económica y financiera mediante la justificación de un volumen anual de negocio, en el mejor de los tres últimos ejercicios disponibles, de vez y media el valor estimado del contrato), pudo conocerlo no solamente por el mero examen del Pliego, sino también por la lectura de la respuesta a la pregunta de un licitador publicada por el órgano de contratación; y por tanto, debió haberlo hecho valer en tiempo y forma, interponiendo el procedente recurso contra el Pliego, lo que

hizo solamente cuando ya era extemporáneo, en un primer momento, y posteriormente, cuando ya se ha dictado el acto de exclusión que perjudica sus intereses.

Todo ello ha de conducir a la desestimación del recurso interpuesto por el representante de SILSA), en la parte relativa a la impugnación del acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany de 15 de junio de 2022 por el que se acordó la exclusión de la citada empresa del procedimiento de contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas.”*

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 extemporáneo el recurso interpuesto por D. J. M. J., en representación de SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA), en lo que se refiere a la impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente tramitado por el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany para la contratación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas”* (Expediente 690/2022).

Segundo. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. M. J., en representación de SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS LOCALES, S.A. (SILSA), en lo que se refiere a la impugnación del *“Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria en la vía pública de determinadas zonas del núcleo urbano de Sant Antoni de Portmany y de señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas”*, acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany de 15 de junio de 2022 por el que se acordó la exclusión de la citada empresa del procedimiento de contratación anteriormente mencionado.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal con fecha 27 de julio de 2022, de acuerdo con lo establecido en el art. 57.3 de la



LCSP.

Cuarto. 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 art. 58.2 del 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 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.