



Recurso nº 1353/2022

Resolución nº 1448/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.V.M. y D. M.S.E., en representación de INDRA SISTEMAS, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato *“Diseño de un sistema logístico predictivo (SILPRE), expediente 2022/0584E*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 16 de septiembre de 2022, se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), por el Ministerio de Defensa, solicitudes de oferta para el contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada *“Diseño de un sistema logístico predictivo (SILPRE)” expediente.2022/0584E*, a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad. El valor estimado del contrato era de 2.975.206,61 euros. Las ofertas fueron solicitadas a las empresas: ACCENTURE, S.L.; INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES, S.A.; HI IBERIA INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.L.; INETUM ESPAÑA, S.A.; GMV AEROSPACE AND DEFENCE, S.A.U.; NAVANTIA, S.A., SME; TECNOBIT, S.L.U. y la ahora recurrente INDRA SISTEMAS, S.A. (INDRA o la Recurrente).

Segundo. Según las solicitudes de oferta publicadas en la PCSP, el plazo para su presentación vencía el 14 de octubre de 2022, a las 10:00 horas.

Obra al expediente relación de licitadores remitida por el órgano de Contratación según la cual: *“A fecha de envío de la documentación al TACRC, el plazo de*



presentación de ofertas a la licitación ha terminado, siendo NAVANTIA, S.A.SME la única empresa que ha presentado oferta”.

Tercero. El 6 de octubre de 2022, tiene entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por INDRA contra el apartado tercero de la cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) rector del contrato, relativa a la *“Demora en la ejecución”* en cuanto contempla por: *“Retrasos debidos a casos fortuitos, imprevisibles para el contratista, aunque a su riesgo y ventura: penalidad 0,20 € por cada 1000€ del precio del contrato IVA excluido, por cada día de retraso(...)”.*

En síntesis, INDRA esgrime que, la cláusula impugnada, contempla penalidades al contratista, por retrasos debidos a casos fortuitos, imprevisibles para el mismo, lo que a su juicio, no es compatible con el art. 193.3 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), así como resoluciones de este Tribunal, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que cita.

Razona la Recurrente que las reglas generales de responsabilidad contractual ínsitas en nuestro ordenamiento jurídico, implican que cuando la LCSP exige que la imposición de penalidades en la contratación pública sea por incumplimientos imputables al contratista, éste puede quedar liberado de responsabilidad si el incumplimiento se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor.

Cuarto. El 29 de octubre de 2022 se recibe en el Tribunal, informe emitido por el Órgano de Contratación (OC) en el que, pide la desestimación del recurso y sostiene que la cláusula 35 PCAP es conforme a la LCSP y demás normativa vigente.



Tras recordar los antecedentes del contrato y la legislación aplicable, esgrime el informe que los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, del que quedan excluidos los retrasos motivados por fuerza mayor a los que se asimilan, actualmente, los originados por la COVID y la crisis de componentes mundial y los que puedan ser producidos por la indisponibilidad de la Administración de aportar algún material o prueba.

El OC considera que la inclusión de los casos fortuitos en general como causa no imputable al contratista, es perniciosa en su propia concepción pues cualquier retraso puede ser argumentado como tal. Por ello, dice que *“ha querido diferenciar los casos fortuitos pero imputables de aquellos que pudieran considerarse por analogía como de fuerza mayor, y por ello en todo caso, el contratista deberá argumentar que medidas tomó o si hizo todo lo posible para evitar que luego se produjera lo que aluden como ‘caso fortuito’”*.

Continúa el Informe razonando que, ante un incumplimiento del contratista, el OC solo tiene dos opciones: penalizar o resolver el contrato, pero no puede eximir al contratista de las dos al mismo tiempo. Entiende que el legislador considera esencial garantizar el cumplimiento en plazo de los contratos y es el contratista el que debe valorar si es capaz de ejecutar la prestación en tiempo a la hora de decidir si presenta o no oferta. El contratista conoce así, desde el mismo momento en el que decide participar como licitador, que él es el único responsable de la ejecución del contrato a no ser que medie fuerza mayor u orden o causa de la Administración contratante.

Precisa el informe que, en este caso, el OC ha decidido, conforme a lo permitido por el art. 193.3 LCSP, suavizar ciertas penalidades en el contrato de I+D, cuando hay retrasos imputables al contratista, pero en las que no se puede apreciar si ha habido negligencia por su parte, o simplemente han sucedido circunstancias difíciles de prever, o que aun habiéndolas previsto, no ha actuado con la suficiente diligencia. Explica que *“los contratos asociados a proyectos de I+D, son contratos de carácter singular originados por una necesidad de largo plazo, con*



seguimiento individualizado, en el que participan técnicos de la Administración especialistas, que intervienen en la concepción, definición y evaluación del contrato". Por eso, dice el informe, resulta relativamente sencillo en ellos, dirimir las razones de los incumplimientos de los contratistas y establecer una graduación en las penalidades que mantenga la equidad entre contratante y contratista en el caso de que una empresa no consiga objetivos por imposibilidad técnica a pesar de un adecuado desempeño.

Añade el OC que la experiencia acumulada en los expedientes de I+D, indica que puede suceder que el retraso por caso fortuito no sea imputable al contratista por lo que, atendiendo al principio de proporcionalidad, aunque la penalidad establecida en la LCSP es de 0,60 € por cada 1000 €, se ha minorado dicha penalidad a un tercio de lo establecido legalmente, siendo así que la Ley otorga al OC dicha prerrogativa en el art. 193.3. Reitera que este precepto, permite imponer penalidades diferentes, pero no autoriza a no penalizar o no resolver cuando hay un incumplimiento imputable al contratista. Finaliza alegando que la Recurrente pretende que no se impongan penalidades cada vez que alegue caso fortuito lo que supone dejar en su mano la ejecución del contrato sin ninguna herramienta disuasoria.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 27 de octubre de 2022, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados, otorgándoles plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 LCSP sin que, transcurrido dicho plazo, se haya presentado alegación alguna.

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 LCSP.



Segundo. El recurso se interpone contra una de las cláusulas del PCAP rector de la licitación de modo que, según dice la cláusula 2 del mismo PCAP, el contrato: *“está dentro de los negocios jurídicos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad (en adelante LCSPDS), en virtud de su artículo 2.1.d, y en todo lo no previsto en ella, las contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)”*

El art. 2 LCSPDS, sobre ámbito objetivo de aplicación, dispone en efecto que: *“1. Son contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto: (...) d) Obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados en las letras a), b) y c) anteriores para el conjunto de los elementos necesarios a lo largo de las posibles etapas sucesivas del ciclo de vida de los productos”*.

El art. 5.a) LCSPDS dice que, son contratos sujetos a regulación armonizada, a efectos de la Ley: *“Los contratos de suministro y de servicios a que se refiere el artículo 2, cuyo valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 431.000 euros”*.

El artículo 5.2 de la LCSP, sobre negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad, dispone: *“Se excluyen, asimismo, del ámbito de la presente Ley los contratos de obras, suministros y servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; así como los contratos a los que no resulte de aplicación la citada Ley en virtud de su artículo 7”*.

En materia de recurso especial en materia de contratación, el artículo 59.1 LCSPDS, establece: *“Serán susceptibles de recurso, en los términos establecidos*



en los artículos 310 a 319 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, los actos y trámites enumerados en esta última Ley, de acuerdo con el apartado cuatro de este mismo artículo, cuando se refieran a los contratos regulados en esta Ley, siempre que, conforme a su artículo 5, estén sujetos a regulación armonizada”. Y, el apartado 4 del mismo precepto, añade: “Podrán ser objeto de recurso los actos y trámites enumerados en el artículo 310.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”.

En consecuencia, el recurso se dirige contra un contrato y un acto susceptibles de ser impugnados en esta vía, de conformidad con lo establecido en los preceptos transcritos en relación con la actual LCSP [art.44.1.a) y .2.a)] al referirse a un contrato de servicios con un valor estimado superior a 431.000,00 euros, e impugnarse una cláusula del pliego rector de dicho contrato.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal del art 50.1 d) LCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles desde que se publicó la invitación a las empresas para presentar oferta en la PCSP, el 16 de septiembre de 2022 y la interposición de este recurso, el 6 de octubre siguiente.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa de la Recurrente, se ha de partir del artículo 48 LCSP, según el cual dicha legitimación alcanza a *“toda 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 este caso, la afección de los intereses de la Recurrente resulta cuestionable desde el momento en que INDRA, según resulta del expediente, como se ha constatado en los antecedentes de esta resolución, no ha presentado oferta en la licitación.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que el interés legítimo, abarca todo interés, material o moral, que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple



interés en la legalidad. El interés supone que la resolución a dictar, pueda repercutir, directa o indirectamente, de modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien recurre.

Como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 295/2021, de 23 de abril:

“En particular, y respecto del interés que puede ostentar quien no es licitador, se recoge la doctrina de este Tribunal, entre otras muchas, en nuestra Resolución 865/2020, de 31 de julio, recurso 611/2020, y en todas las que menciona, en la que se indica:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: “Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial”.

Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso.

En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio: “el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de



contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre”.

En este sentido, el Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013).

En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En este sentido, y como afirma la Resolución 1166/2019 de este Tribunal: “La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”.

En este caso, INDRA se limita en el recurso a afirmar que: “resulta indudable la legitimación de esta parte para la interposición del presente Recurso Especial,



pues es claro que existe una relación unívoca y concreta de mi representada con el objeto del recurso, al tratarse de un licitador que resultaría perjudicado de aplicarse las penalizaciones por caso fortuito aquí recurrido, por lo que se ha de entender que esta parte se encuentra legitimada para plantear las pretensiones y motivos que se refiere en el presente recurso especial en materia de contratación". Por tanto, no justifica la Recurrente, de ningún modo, su intención de participar en la licitación, ni explica por qué la cláusula del pliego que impugna, referida a la ejecución del contrato, no a su adjudicación y que es la misma para todos los licitadores, le ha impedido participar en el procedimiento en condiciones de igualdad.

En definitiva, la Recurrente en este caso, no ha exteriorizado su voluntad de participación en el procedimiento de licitación impugnado, ni ha justificado de manera concreta que los supuestos vicios de invalidez invocados, le hayan impedido de forma efectiva presentar su oferta, por lo que su recurso debe inadmitirse por falta de legitimación con base en lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

Atendida la existencia de una causa de inadmisión, no procede entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. G.V.M. y D. M.S.E., en representación de INDRA SISTEMAS, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato *"Diseño de un sistema logístico predictivo (SILPRE), expediente 2022/0584E.*

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 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 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.