



Recurso nº 1815/2021

Resolución nº 37/2022

Sección 2ª

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

En Madrid a 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.G.G., en representación de WEST FARGO, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de transporte urgente para el Departamento de Soporte Logístico Integrado*”, con expediente DNA 171/2021, convocado por ENAIRE, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 24 de julio de 2021, se procedió a publicar en la Plataforma de Contratación el anuncio de licitación del contrato “*Servicio de transporte urgente para el Departamento de Soporte Logístico Integrado*”, con expediente DNA 171/2021, convocado por ENAIRE. El contrato se califica como contrato administrativo de servicios, con un valor estimado del contrato de 140.000 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto simplificado de tramitación ordinaria.

Segundo. De acuerdo con apartado H del Pliego de Cláusulas Particulares

“H.- SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL

...

Asimismo, los licitadores deberán presentar en su oferta técnica la siguiente documentación e información:



...

- *Certificado/s expedido/s por empresas clientes, acreditando que la empresa licitadora ha realizado servicios específicos de transporte urgente de manera satisfactoria, en los que el nivel de tracking y el ámbito geográfico sea igual o superior al requerido en este pliego. Siendo imprescindible acreditar la realización de servicios a emplazamientos aeroportuarios, con los trámites de seguridad física que implican.*

...”

Por su parte, de acuerdo con la Cláusula 12ª:

“CLÁUSULA 12ª- ADJUDICACIÓN.

La Mesa de Contratación clasificará las proposiciones presentadas, y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalada en la cláusula anterior, por orden creciente y elevará la correspondiente propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación.

Una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el Órgano de Contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que entregue, dentro del plazo de siete (7) días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, la siguiente documentación:

...

- *Documentación acreditativa de la capacidad y/o solvencia exigida*

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.

Si no se acreditara el cumplimiento de los requisitos de capacidad y/o solvencia exigidos, se concederá un plazo de subsanación de tres días. De persistir este incumplimiento se procederá a dejar sin efecto la propuesta de adjudicación.”



Tercero. El 7 de septiembre de 2021, la mesa de contratación propone la adjudicación a la oferta presentada por la empresa WEST FARGO, S.L., por lo que se le efectúa el requerimiento previsto en la cláusula 12ª de los pliegos.

Examinada la documentación aportada por WEST FARGO, S.L., el 14 de octubre de 2021, se emite informe por la Sección de Gestión Económico Administrativa en el que se concluye el incumplimiento de la solvencia técnica y profesional por no acreditar haber prestado servicios en emplazamientos aeroportuarios, por lo que la Mesa acuerda, el 19 de octubre de 2021, excluir la oferta de WEST FARGO, S.L. por no cumplir los requisitos de solvencia técnica y proponer la adjudicación del contrato a la oferta de MDL DISTRIBUCIÓN LOGÍSTICA, S.L. (MDL).

Cuarto. El 21 de octubre de 2021, se notifica a WEST FARGO, S.L. la exclusión de su oferta, pero sin indicar la posibilidad de interponer recurso. El 17 de noviembre de 2021, se le comunica la adjudicación del contrato a la oferta de MDL indicándole la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo.

Quinto. El 9 de diciembre de 2021, WEST FARGO, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de transporte urgente para el Departamento de Soporte Logístico Integrado*”, solicitando la suspensión del procedimiento.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP, se solicitó por el Tribunal al Órgano de Contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. En fecha 15 de diciembre 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; sin haber hecho uso de su derecho.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 27 de diciembre de 2021, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley



9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

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 LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017 (LCSP).

Así, aunque el acuerdo de exclusión de su oferta, verdadero objeto del recurso, le fue notificado el 21 de octubre, dicha notificación no indicaba los recursos admisibles contra dicho acto, incumpliendo las exigencias del art. 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que el plazo para recurrir debe computarse desde que se comunica el acuerdo de adjudicación con indicación de dicha posibilidad de recurso, debiendo entenderse que se recurre la adjudicación aunque, realmente, de la lectura del recurso se constata que se impugna dicha adjudicación en la medida en que no se ha tenido en cuenta la proposición del recurrente, indebidamente excluida, a su juicio. De hecho, los fundamentos del recurso van dirigidos exclusivamente a combatir su exclusión y no a impugnar los motivos específicos que han llevado al órgano de contratación a adjudicar a otra empresa el contrato.

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“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, parece evidente la legitimación del recurrente al haber presentado oferta, ser excluido del procedimiento de adjudicación, pese a haber sido propuesto como adjudicatario inicialmente, por lo que de estimarse el recurso, tendría serias opciones de resultar adjudicatario.



Cuarto. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44.1 de la LCSP

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

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.

(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

c) Los acuerdos de adjudicación.”

En el presente caso se interpone el recurso contra un acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros basado en la previa exclusión de la oferta del recurrente, por lo que debe considerarse susceptible de recurso.

Quinto. El recurso se funda en considerar que la oferta cumplía con el requisito de solvencia, pues la exigencia de experiencia previa en servicios en instalaciones aeroportuarias que contemplaba la cláusula H de los pliegos, debe interpretarse como de instalaciones con análogos requisitos de seguridad a los de las instalaciones aeroportuarias, pues en otro caso los pliegos serían nulos por imponer requisitos de solvencia que incurrirían en el supuesto del artículo 40.b de la LCSP al otorgar ventajas a las empresas que ya han sido contratistas. Además, considera que ENAIRE actúa contra sus propios actos pues no excluyó su oferta cuando fue objeto de valoración.

El órgano de contratación, por su parte, entiende que ha actuado conforme a los pliegos y que el recurrente pretende impugnar extemporáneamente éstos.



Sexto. En primer lugar, debemos analizar la alegación relativa a una supuesta actuación contra sus propios actos del órgano de contratación, que admitió la oferta al abrir el sobre único en el que se presentaba y valorar los criterios de adjudicación.

Al respecto debe recordarse que, en el procedimiento abierto simplificado, ex art. 159.4 de la LCSP, la oferta se presenta en un único sobre electrónico en el que debe constar, entre otros documentos exigidos, una simple declaración responsable del firmante respecto a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente.

Dado que uno de los requisitos de dicho procedimiento es que el licitador se encuentre inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, en el mismo acto el propio órgano de contratación debe comprobar en dicho Registro que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente, si es que estos datos figuran en el ROLECE y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.

No obstante lo anterior, si fuera necesario comprobar *“cualquier otra documentación que no esté inscrita en el Registro de Licitadores, la misma se tendrá que aportar en el plazo de siete días hábiles”*.

Eso es lo que concurre en este caso, en el que la existencia de certificados de haber prestado servicios en instalaciones aeroportuarias no consta en el ROLECE, por lo que es en ese trámite posterior, cuando se propone al adjudicatario del contrato (artículos 140 y 141 LCSP en relación con el artículo 150.2 de la citada Ley), cuando el órgano de contratación debe examinar los documentos probatorios que se aporten en este momento para constatar que concurre, efectivamente, dicho requisito de solvencia.

De hecho, así se configuró el procedimiento de contratación en los pliegos, al contemplar la cláusula 12ª, en consonancia con lo dispuesto en la LCSP, un trámite posterior a la propuesta de adjudicación para que el propuesto como adjudicatario aportara, en el plazo de 7 días hábiles, la documentación acreditativa de la solvencia, advirtiendo expresamente



que sería excluido si “*no se acreditara el cumplimiento de los requisitos de capacidad y/o solvencia exigidos*”.

Por lo tanto, de acuerdo con la LCSP y los pliegos, la exclusión sólo podía tener lugar tras el trámite de aportación de la documentación sobre capacidad y solvencia que debía seguirse con el propuesto como adjudicatario.

Se debe, por tanto, desestimar dicho motivo del recurso.

Séptimo. En cuanto al motivo principal del recurso, debemos partir de que ambas partes reconocen que el recurrente no cumplía con el requisito de haber prestado servicios en instalaciones aeroportuarias.

En este punto, debemos recordar el carácter de *lex contractus* de los pliegos de contratación, por lo que la valoración de la solvencia del recurrente debe realizarse con arreglo a lo estipulado en ellos.

De acuerdo con el art. 1281 del Código Civil, el primer criterio de interpretación de cualquier cláusula contractual es el de la literalidad, cuando los términos del contrato son claros. Es lo que ocurre en este caso con la cláusula H del contrato, cuya literalidad exigía como “*imprescindible acreditar la realización de servicios a emplazamientos aeroportuarios, con los trámites de seguridad física que implican*”. No hay, en esa redacción, interpretación alguna que permita entender incluidos otros servicios con trámites de seguridad física semejantes a los de los emplazamientos aeroportuarios, pues para ello debería haberse hecho constar así, indicando que los servicios a acreditar debían hacerse a emplazamientos con trámites de seguridad física “*semejantes*” a los aeroportuarios. La redacción de la cláusula, por el contrario, es clara al indicar que los servicios debían haberse prestado a emplazamientos aeroportuarios y, por lo tanto, no pueden aceptarse como válidos los documentos aportados por la licitadora en sustitución de los aeroportuarios, emitidos por la entidad Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A. (EMRESA) porque no se ajustan a lo exigido en el PCAP que exige los relativos a emplazamientos aeroportuarios, considerados imprescindibles, como afirma el órgano de contratación, debido a la singularidad de estas instalaciones aeroportuarias en cuanto a control de accesos físicos se refiere. Es más, el certificado que emite EMRESA tampoco



podría aceptarse porque no se ajusta, como indica el órgano de contratación a lo exigido al respecto en el PCAP por los siguientes motivos:

- Consiste en la realización de servicios de "*mensajería*", no de paquetería que son los que se requieren en el pliego.
- No se indica que los servicios sean "*específicos de transporte urgente*", tal y como se solicita también en el pliego.

Por último, uno de los certificados que aporta la recurrente lo emite la propia empresa, no pudiendo, igualmente aceptarse porque lo que se exige en el PCAP son certificados expedidos por empresas clientes.

Por otra parte, en garantía de los derechos del recurrente, a éste no se le excluyo automáticamente cuando presentó la documentación dando cumplimiento al requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCAP, sino que ante una primera revisión de la documentación y observándose defectos por parte de la Mesa de Contratación, se le dio la oportunidad de subsanarlos mediante un requerimiento adicional, lo que no cumplimentó debidamente.

Por lo tanto, debe desestimarse la interpretación alternativa de los pliegos que defiende el recurrente que, en puridad, está pretendiendo una impugnación indirecta del propio pliego por considerar que esa exigencia de solvencia incurre en la causa de infracción del artículo 40.b de la LCSP por otorgar ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración.

En todo caso, si el recurrente estimaba que la cláusula del PCAP que regulaba los requisitos de solvencia técnica era limitativa de la concurrencia o era discriminatoria, lo que debió hacer es recurrir los pliegos en ese extremo antes de presentar la proposición, pues al no haberlo efectuado, ha aceptado de manera incondicional todos los extremos del mismo, como indica el artículo 139.1 LCSP:

"Artículo 139. Propositiones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el



empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Al respecto, debemos recordar nuestra consolidada doctrina sobre impugnación extemporánea de los pliegos, que requiere la concurrencia de dos requisitos: 1) Que se alegue la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho; 2) que se acredite la imposibilidad del recurrente de haber recurrido los pliegos en plazo, por imposibilidad de haber apreciado entonces la ilicitud de los mismos, pues conforme al art. 50.1.b de la LCSP *“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”.*

Así se resume en nuestra resolución 49/2017, de 20 de enero, en la que afirmamos que:

“Pues bien, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación” (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cual era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar.



Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

...

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión.

En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un “licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión””.

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en

el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad , en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general.”

Aplicando dicha doctrina debe considerarse improcedente, por extemporánea, la impugnación indirecta de los pliegos que pretende el recurrente pues no justifica que, con una simple lectura de los pliegos, no pudiera haber impugnado la cláusula H que establecía el requisito de solvencia controvertido en el plazo previsto para ello. Más bien al contrario, el recurrente optó por licitar, por lo que operaría, al haber presentado oferta, la limitación del art. 50.1.b de la LCSP, no motivando tampoco el recurso en la concurrencia de un motivo de nulidad de pleno derecho pues el art. 40.b que cita se refiere a “*Causas de anulabilidad de derecho administrativo*” siendo que los motivos de nulidad de pleno derecho son los previstos en el art. 39.

Debe, por tanto, desestimarse el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por WEST FARGO, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de transporte urgente para el Departamento de Soporte Logístico Integrado*”, con expediente DNA 171/2021, convocado por ENAIRE.

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.