



Recurso nº 66/2023

Resolución nº 195/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.R.G., en nombre y representación de ITT CANARIAS, S.L. (en adelante, ITT), contra la exclusión adoptada con fecha de 22 de diciembre de 2022, del procedimiento de licitación del *“Suministro de maquinaria para el complejo ambiental de Zurita”*, convocado por la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P. (en adelante TRAGSA), expediente TSA00007432, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 10 de noviembre de 2022, el Órgano de Contratación de TRAGSA convocó el procedimiento de licitación para la contratación del *“Suministro de maquinaria para el complejo ambiental de Zurita”* a adjudicar por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, aprobándose en el mismo acto, la Memoria, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), por los que se regía la citada contratación. Con fecha 11 de noviembre de 2022, se remitió el preceptivo anuncio de licitación al DOUE, habiéndose realizado la correspondiente publicidad en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el DOUE con fechas 13 de noviembre de 2022 y 16 de noviembre de 2022, respectivamente.

Segundo. Tras el cumplimiento de los trámites previstos legalmente, el 12 de diciembre de 2022 a las 14:00h, concluyó el plazo para la presentación de ofertas, habiéndose recibido en forma y plazo en el lote 2 del procedimiento dos proposiciones, presentadas por las empresas ITT y REVERTER INDUSTRIES CORP, S.A. Así mismo, se recibió para dicho



lote una oferta presentada por la empresa EGGERSMANN SPAIN, S.L.U., la cual resultó excluida al haber presentado su oferta a través de la PCSP fuera del plazo establecido en el PCAP.

Tercero. Con fecha 16 de diciembre de 2022, en la sesión electrónica de Mesa Central de Contratación de TRAGSA nº E49 2022 MC TRAGSA, se procedió a la apertura de los sobres electrónicos “A: Documentación General” presentados a través de la herramienta de preparación y presentación de ofertas de la PCSP por las empresas licitantes, procediéndose a verificar si los licitantes cumplían, además de con los requisitos de capacidad y representación exigidos en la LCSP, con los requisitos de solvencia exigidos en el PCA, por los que se regía la convocatoria (Anexo I, apartado E del PCAP).

Las empresas ITT y REVERTER INDUSTRIES CORP, S.A. aportaron la documentación requerida.

Cuarto. Tras el análisis de la documentación administrativa, se constató que, en lo relativo al lote 2, la necesidad de subsanación de la proposición de ITT, concediéndosele, para ello, hasta las 14 horas del día 21 de diciembre de 2022. A la vista de la subsanación presentada por la empresa, la Mesa Central de Contratación acordó NO ADMITIR a licitación en el lote 2 del procedimiento, a la empresa ITT por los siguientes motivos:

“Aunque en subsanación declara ser distribuidor oficial de la Marca JENZ sin embargo el certificado que aporta a efectos de acreditarlo corresponde a la empresa EMSA como importadora de la marca y no a la propia Marca JENZ. El Pliego solo permite dos alternativas: ser fabricante o ser distribuidor oficial de un fabricante, que no de otro distribuidor de la Marca. No cumple en el Lote 2 el requisito”.

Con fecha 22 de diciembre de 2022, se remite a las empresas a través de la PCSP notificación individualizada de exclusión en el procedimiento, publicándose igualmente en la PCSP.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 20 de enero de 2023, 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.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución el 26 de enero de 2023, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Es competente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para conocer de este recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.1 LCSP.

Segundo. 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).

Tercero. El contrato y el acto administrativo son recurribles, por tratarse de una exclusión de la licitación (artículo. 44.2.b LCSP) en relación a un contrato de suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros, de los que contempla el artículo 44.1 a) LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo, dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. El artículo 48 de la LCSP dispone lo siguiente: *“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.

El recurrente está legitimado para recurrir su exclusión al haber concurrido a la licitación referenciada, por lo que debe reconocérsele el derecho o interés legítimo para recurrir.

Sexto. Considera el recurrente que se ha cumplido plenamente el requisito de solvencia relativa a la condición de distribuidor o fabricante de la marca ofertada al acreditar el requisito de solvencia establecido en el pliego mediante medios externos. En concreto, considera que cuando ofertó para el lote 2 unos productos de la marca JENZ a la vez acreditó la solvencia técnica exigida mediante medios externos. Para esta licitación, llegó a un acuerdo con EMSA MAQUINARIA Y PROYECTOS, S.L (en lo sucesivo, EMSA) que es importadora oficial y exclusiva de la marca JENZ para que:

1. Para que EMSA designara a ITT cómo distribuidora oficial.
2. Para que EMSA proporcionara los medios para complementar la solvencia de ITT.

Se opone a ello el Órgano de Contratación señalando que el requisito de ser fabricante o distribuidor de la marca ofertada no es un criterio de solvencia técnica ni se regula de tal manera en el PCAP, sino que es un requisito obligatorio de los señalados en el art. 140.4 LCSP no incluido en el DEUC y que la recurrente no ha acreditado ser la fabricante o distribuidora de la marca ofertada razón por la que procede su exclusión.

Lo primero que se plantea este Tribunal ante la rotunda negativa del Órgano de Contratación al señalar que el requisito discutido no es un requisito de solvencia es qué naturaleza jurídica tiene el requisito establecido.

Ciertamente ya señalamos en la resolución 626/2016, de 29 de julio de 2016, citada por el Órgano de Contratación, la nulidad de la exigencia de ser fabricante o distribuidor autorizado exigido como criterio de solvencia técnica en aquel supuesto en los Pliegos al no constar dicha condición comprendida entre los enumerados en la LCSP. En aquella resolución recordábamos:



“Pues bien, asiste la razón a la mercantil recurrente cuando afirma que el artículo 77 del TRLCSP establece de manera taxativa los medios que deben acreditar la solvencia técnica en el contrato de suministro. El órgano de contratación dispone de la facultad de elección de estos medios dentro de los previstos en la Ley. Como este Tribunal ha expresado reiteradamente (Resoluciones núm. 60/2011, de 9 de marzo, 287/2014, de 4 de abril y 730/2015, de 30 de julio) es preciso que los requisitos de solvencia se encuentren entre los establecidos en el TRLCSP según el contrato de que se trate. Sin embargo, la cláusula cuestionada incluye medios de acreditación de la solvencia técnica que no están previstos en dicho precepto legal. Así sucede con el requisito adicionado en el PCAP relativo a la necesidad de acreditar ser fabricante o distribuidor autorizado. Este requisito no es por tanto uno de los medios acreditativos de solvencia técnica de los permitidos taxativamente por la Ley, pero tampoco es un requisito de habilitación empresarial o profesional que pudiera ser exigible a los licitadores. En efecto, el artículo 54.2 del TRLCSP, establece: “Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.”

En aquel recurso también se planteó, sin que se alcanzara a pronunciarse este Tribunal si la exigencia de este requisito en cuanto supone la necesidad de que se acredite ser fabricante original de la pieza o distribuidor autorizado del material objeto del contrato, supondría una injustificada restricción de la competencia. A esto volveremos más adelante.

Como hemos visto, el requisito de ser fabricante o distribuidor autorizado no es requisito de solvencia, al no estar previsto en el art. 89 en la actualidad de la ley vigente, ni tampoco habilitación técnica alguna, respondiendo más, como entonces decíamos, a un negocio jurídico bilateral de naturaleza privada.

De acuerdo con el art. 65 de la LCSP, la solvencia, junto con la capacidad de obrar son los requisitos de aptitud, condición sine qua non, cuyo incumplimiento permite la exclusión del licitador que no cumpla los marcados en el procedimiento de adjudicación. Surge así la solvencia técnica, económica y profesional que se refiere a un conjunto de requisitos de idoneidad que debe poseer cualquier posible contratista para atender el objeto del contrato de una forma adecuada y hace referencia, también, a los medios técnicos y humanos con



que se cuenta, la experiencia previa, la competencia técnica y profesional, la habilidad necesaria, la cualificación profesional de su personal.

Se exige a todos los licitadores en la fase de selección del contratista y tiene que tener relación con el objeto del contrato y las especificaciones técnicas incluidas en los pliegos y ser proporcionado al mismo. A este requisito, junto al de solvencia económica y financiera se refiere el art. 74.1 de la LCSP cuando afirma que *«para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley»*.

Aclarado esto, parece deducirse del Pliego y su regulación que la condición de ser fabricante o distribuidor podría encuadrarse en el art. 140.2 LCSP como condición o requisito habilitante para concurrir a la licitación:

“Cuando de conformidad con la presente Ley, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación”.

Esta opción, *obiter dicta*, se baraja en la resolución 213/2021, de 5 de marzo de 2021, recurso nº 1403/2020, por lo que el requisito establecido participaría de las condiciones y régimen jurídico establecidos en el art. 65 de la LCSP. De ahí que no quepa admitirla, como parece deducirse de las alegaciones del recurrente, a través de la integración de la solvencia mediante medios externos, en la medida que no es solvencia el requisito establecido.

Aclarado estas nociones, hay que remarcar que la recurrente no impugnó en tiempo y forma el PCAP y, por tanto, no discutió, en su momento, qué tipo de calificación debía darse a la exigencia de acreditación de su condición de fabricante o distribuidor de los productos requeridos, ni impugnó expresamente el apartado del anexo del PCAP en controversia.



Habiendo devenido firme el PCAP, la consecuencia no puede ser otra que se ha convertido en ley del contrato y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1, al haber presentado proposición la recurrente está obligado a aceptar incondicionalmente la totalidad de sus condiciones o cláusulas, sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, hay que someterse a lo dispuesto en el PCAP y debemos comprobar si puede entenderse acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos o si debe darse la razón al Órgano de Contratación.

Séptimo. El Anexo I apartado E del PCAP que regula los *“Requisitos previos de elegibilidad en relación con la habilitación empresarial o profesional, solvencia económica y técnica, adscripción de medios, normas de Garantía de la Calidad y de Gestión Medioambiental (sobre electrónico A)”*, establece dos apartados:

1. Requisitos a incluir en el DEUC para ser admitidos a licitación (Art. 140 LCSP)
2. Requisitos a acreditar NO INCLUIDOS EN EL DEUC:

Dentro del primer grupo, señala como condiciones de solvencia técnica las siguientes:

“1.- Declaración responsable suscrita electrónicamente por el representante legal de la empresa licitante acreditativa de haber realizado suministros de maquinaria de la misma tipología (mismo CPV) por un importe acumulado, en el total de los últimos tres años naturales (2019, 2020 y 2021), de al menos:

LOTE 1: CUATROCIENTOS MIL EUROS (400.000,00 €) IGIC no incluido, del código CPV 43411000 Máquinas y aparatos para clasificar y cribar.

LOTE 2: DOSCIENTOS OCHENTA MIL EUROS (280.000,00 €) IGIC no incluido, del código CPV 42996100 Trituradoras.

LOTE 3: CIENTO CUARENTA MIL EUROS (140.000,00 €) IGIC no incluido, del código CPV 42418000 Máquinas de elevación, manipulación, carga o descarga.



LOTE 4: CIENTO OCHENTA MIL EUROS (180.000,00 €) IGIC no incluido, del código CPV 43250000 Palas cargadoras de carga frontal.

LOTE 5: CUARENTA MIL EUROS (40.000,00 €) IGIC no incluido código CPV 44613400 Contenedores de almacenamiento

LOTE 6: SESENTA Y CINCO MIL EUROS (65.000€) IGIC no incluido, código CPV 44613400 Contenedores de almacenamiento.

Nota: en caso de licitar a varios lotes, la cifra a acreditar será la correspondiente a la suma de las cantidades requerida para cada lote.

Junto con esta declaración el licitador deberá incluir una relación de suministros realizados, alcance, año de la ejecución, cliente e importe de los mismos.

2.- Declaración responsable suscrita electrónicamente por el representante legal de la empresa licitante indicando que aportará, en caso de ser seleccionada como mejor oferta, la documentación técnica que acredite el cumplimiento de las características generales para cada una de las máquinas del pliego de prescripciones técnicas particulares”.

Y en el segundo apartado relativo a los “Requisitos a acreditar NO INCLUIDOS EN EL DEUC”, recoge lo siguiente:

“ACREDITACIÓN “OBLIGATORIA” EN EL SOBRE ELECTRÓNICO “A” DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS DISTINTAS DE LAS COMPRENDIDAS EN EL FORMULARIO DEUC A PRESENTAR PARA SER ADMITIDOS: (el subrayado es nuestro).

- En caso de licitadores fabricantes, declaración responsable suscrita electrónicamente por el representante legal de la empresa licitante manifestando que son fabricantes de la marca ofertada.

- En caso de no ser licitadores fabricantes, los licitadores deberán ser distribuidores oficiales de la marca ofertada; debiendo adjuntar declaración responsable suscrita



electrónicamente por el representante legal de la empresa licitante manifestando que son distribuidores oficiales de la marca ofertada.

- Tanto para los licitadores fabricantes, como para los licitadores distribuidores, declaración responsable suscrita electrónicamente por el representante legal de la empresa licitante manifestando que dispone de al menos 1 servicio oficial post-venta (SAT) de la marca en Canarias”.

Si bien el recurrente sostiene en su recurso que es distribuidor oficial de la marca JENZ por designación de la empresa EMSA, lo cierto es que el Pliego exige ser o bien fabricante o bien distribuidor oficial de la marca, circunstancias que no se cumplen en el presente caso de manera indubitada.

En efecto, el hecho de que JENZ sea el fabricante (y no el recurrente) no ha sido puesto en duda en ningún momento por las partes y, por otra parte, para acreditar la condición de distribuidor oficial (de JENZ), la recurrente, en fase de subsanación, aportó tan solo un certificado firmado por la empresa EMSA, en la que esta misma empresa se autodefine y certifica que es importador en exclusiva de la marca JENZ en España y, a su vez, certifica que ITT es concesionario y servicio técnico oficial de la marca JENZ en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife.

La recurrente no acredita tampoco la condición de importador en exclusiva en España de EMSA de los productos de JENZ, si bien afirma la entidad contratante en su informe sobre el recurso, que en una consulta que ha realizado a la página web oficial de JENZ figura como único importador, en exclusiva, en España, EMSA y no ITT. No obstante, este extremo no ha quedado acreditado documentalmente.

En todo caso, ninguna prueba ha aportado la recurrente de que JENZ haya autorizado o convenido con EMSA u otra empresa, que ITT sea distribuidor oficial suyo en España, ni que haya autorizado a EMSA para que, a su vez, autorice a distribuidores distintos a él en nuestro territorio, lo que acredita el incumplimiento de lo dispuesto en el PCAP y, por tanto, la legalidad de la exclusión adoptada.

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 D. M.R.G., en nombre y representación de ITT CANARIAS, S.L. contra la exclusión adoptada por TRAGSA con fecha de 22 de diciembre de 2022, del procedimiento de licitación del *“Suministro de maquinaria para el complejo ambiental de Zurita”*.

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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES