



Recurso nº 245/2023

Resolución nº 424/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. U.P.T., en representación de IGNEO INGENIERÍA SOSTENIBLE, S.L.U. contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de coordinación en materia de Seguridad y Salud para obras de construcción e implantación de modificaciones de diseño en el C.A. El Cabril, para Enresa*”, con expediente CO-IN-22-009, convocado por Empresa Nacional de Residuos Radioactivos, S.A., S.M.E. (ENRESA), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, ENRESA, se convocó mediante anuncio y pliegos publicados el 22 de diciembre de 2022, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto simplificado el contrato de “*Servicios de coordinación en materia de Seguridad y Salud para obras de construcción e implantación de modificaciones de diseño en el C.A. El Cabril, para Enresa*”, con un valor estimado de 132.339,38 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de las proposiciones, tras la apertura del archivo electrónico AC el 20 de enero de 2023 y calificación de la documentación administrativa, el Comité de Asistencia Técnica al órgano de contratación requirió de subsanación a la mercantil IGNEO INGENIERÍA SOSTENIBLE S.L.U., para la firma electrónica de las declaraciones responsables del cumplimiento de requisitos previos y la de pertenencia a grupo empresarial y, puesto que la mercantil había indicado en su declaración responsable no estar inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (en adelante, ROLECE), acordó requerir la presentación de la



acreditación de estar inscrito en el citado registro o del acuse de recibo del correspondiente registro de solicitud de inscripción en el ROLECE, de fecha anterior a la de finalización de presentación de ofertas, así como una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y no haber recibido requerimiento de subsanación.

Con fecha 7 de febrero de 2023, la mesa de contratación comprueba que la mercantil no aporta la documentación requerida sino una declaración responsable poniendo de manifiesto que había iniciado los trámites de inscripción en el ROLECE, por lo que se acuerda su exclusión, notificando la misma el 10 de febrero de 2023.

Tercero. Con fecha 24 de febrero de 2023, la mercantil IGNEO INGENIERIA SOSTENIBLE S.L.U. interpone recurso especial en materia de contratación, solicitando, la nulidad del acuerdo de su exclusión con retroacción de actuaciones para que *“si el requisito de estar inscrito en el ROLECPS es necesario, procedan nuevamente a emitir un nuevo documento de pliego de cláusulas administrativas (en adelante, PCA) sin excluir el mismo, y así poder presentar nuevamente toda la documentación, toda vez que ya hemos solicitado la inscripción de nuestra sociedad en ROLECPS.”*

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 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), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 1 de marzo de 2023.

Quinto. Con fecha 2 de marzo de 2023, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados para que, en el plazo de cinco días, y si lo estimaban oportuno, presentasen aquellas alegaciones que considerasen oportunas, sin que conste la presentación de alegaciones.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución de 15 de marzo 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. El marco jurídico aplicable viene determinado por la LCSP así como 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)

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP, el artículo 22.1 del RPERMC.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el ámbito de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros y contra el acto de exclusión de la oferta susceptible de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 44.2 b) de la LCSP.

Cuarto. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1 LCSP.

Quinto. Pese a lo afirmado por el órgano de contratación, en su informe preceptivo, cuando señala que:

“En caso de haberse valorado la proposición presentada por al recurrente (...) habría sido la tercera mejor valorada de lo que resulta que de la estimación del recurso interpuesto no se derivaría una ventaja indirecta e inmediata conducente a la adjudicación a su favor del contrato”, lo cierto es que, en atención a los motivos que se esgrimen en el recurso especial, la mercantil recurrente goza de legitimación activa para sostener sus pretensiones de anulación del acuerdo de exclusión a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica, licitadora en el procedimiento de contratación, que es excluida en virtud del acuerdo que ahora impugna y, por lo tanto, cumple el requisito de constituirse como *“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” (artículo 48 LCSP).

Sexto. Se impugna en este recurso especial la exclusión de la mercantil recurrente del procedimiento de contratación argumentando como fundamentos jurídicos de sus pretensiones que:

“a. (...) que el requisito de estar inscrito en ROLECSP está expresamente excluido tanto en el documento PTCA, página 29 como en el documento Anexo al PTCAP, página 13.

b.- En segundo lugar, que habiendo presentado la declaración responsable mencionada, no recibimos ningún requerimiento para presentar la documentación exigida en el apartado 8 del PCA (...).

Por lo tanto, la primera alegación que queremos dejar de manifiesto es que el requisito de estar inscrito en ROLECSP no era exigible en esta licitación.

Entendemos que la normativa que impera en primer lugar en la mencionada licitación es la establecida en el PCA y anexos, por encima de cualquier otra.

No obstante queremos comunicarles que a pesar de no ser exigible, cuando recibimos la notificación de subsanación, procedimos a solicitar dicha inscripción en ROLECSP.

2. En segundo lugar, y entendiendo que con la primera alegación es fundamento suficiente para que se replanteen nuestra descalificación en la licitación de referencia, también queremos indicarles que en la notificación de subsanación que nos remitieron, nos daban un plazo de 3 días para subsanar algo que era insubsanable, ya que nos pedían que presentáramos la solicitud de inscripción en ROLECSP con anterioridad a la fecha de finalización de presentación de ofertas, algo que resultaba imposible, porque ya estábamos fuera de plazo.



Como supondrán, ello provocó una absoluta indefensión por nuestra parte.”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, defiende la conformidad a derecho del acto impugnado, señalando que:

“Alega la recurrente que “el requisito de estar inscrito en ROLECSP está expresamente excluido tanto en el documento PTCA, página 29 como en el documento Anexo al PTCA, página 13” y que a su juicio “la normativa que impera en primer lugar en la mencionada licitación es la establecida en el PCA y anexos, por encima de cualquier otra”.

A este respecto cabe indicar que efectivamente la Nota que consta al final del Anexo al PTCA es errónea, en tanto en cuanto no recoge la redacción dada al artículo 159.4.a) de la LCSP por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, según la cual “todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas [...]”.

Por error, se incluyó en el Anexo una nota que hacía referencia a la anterior redacción del citado texto legal y a la recomendación del Informe 32 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que permitía excepcionalmente que los licitadores no estuvieran inscritos en ROLECE, y que quedó de facto inaplicable tras la modificación legal indicada en el párrafo anterior.

Este error no fue advertido hasta el 20 de enero de 2023, fecha en que el Comité procedió a la apertura del Archivo electrónico AC. A la vista de la documentación presentada el Comité acordó solicitar subsanación a la recurrente y, una vez comprobado, que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 159.4 a) de la LCSP, acordó su exclusión.



El Comité no pudo adoptar otra decisión que la de excluir la proposición de la recurrente ya que, independientemente del contenido del Anexo al PTCA, éste no puede desconocer la ley y, por tanto, la oferta de la recurrente en ningún caso habría podido ser admitida a la licitación.

Otra cuestión es si el error habría sido motivo suficiente como para desistir del procedimiento y proceder a convocar una nueva licitación. En este sentido el órgano de contratación y el Comité consideraron que, dado que se había levantado el secreto de las proposiciones y que continuar con el procedimiento no generaba perjuicio a la recurrente, pues su oferta no era la mejor valorada, atendiendo al principio de conservación de las ofertas, se podía continuar con el procedimiento.

A estos efectos es preciso subrayar que de los siete licitadores que concurrieron a la licitación únicamente la recurrente declaró no estar inscrita en ROLECSP. En consecuencia, declarar desierta la licitación, una vez levantado el secreto de las proposiciones, y convocar un nuevo procedimiento habría supuesto una desventaja y generado una situación de desigualdad para los otros seis licitadores correctamente inscritos y dos de ellos con proposiciones mejor valoradas que lo hubiese sido la de la recurrente."

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, la cuestión controvertida no es otra que determinar la conformidad a derecho del acuerdo que excluye a la licitadora recurrente por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 159.4.a) LCSP.

El artículo 159.4.a) de la LCSP, tras la modificación operada por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, dispone que:

"a) Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia. A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la



solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación”.

La nueva redacción del artículo 159.4.a) LCSP habilita la admisión en los procedimientos abiertos simplificados de las ofertas de las licitadoras que acrediten haber presentado la solicitud de inscripción en el ROLECE, siempre que la solicitud de inscripción sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas.

A la vista de dicha modificación, la nota informativa de 5 de abril de 2022, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en lo sucesivo, JCCPE) a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la LCSP, dispone que:

“En su recomendación de 24 de septiembre de 2018 a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) del artículo 159 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 (LCSP), la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, declaraba la existencia de una circunstancia que afectaba a la concurrencia en los contratos públicos, aspecto que, por aplicación del artículo 159.4 a) de la LCSP, permitía no aplicar la exigencia de inscripción en el ROLECE para acceder al procedimiento abierto simplificado.

No obstante, en su punto tercero advertía que no cabía aceptar que esta situación coyuntural se convirtiese en permanente y, en consecuencia, en el momento en que esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tuviera conocimiento de que esta situación provisional que afecta al funcionamiento del ROLECE hubiera



quedado solventada oportunamente, daría traslado a las entidades del sector público con la debida publicidad a los efectos del cumplimiento del requisito de inscripción en las condiciones establecidas por la ley.

En este sentido, la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, en su Disposición final vigésima novena, ha modificado 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, con efectos desde la entrada en vigor de misma y con vigencia indefinida, indicando en sus puntos uno y dos:

“Uno. Se modifica la letra a) del apartado 4 del artículo 159, que queda redactada como sigue:

«a) Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia. A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación.»

Dos. Se modifica el número 3.º de la letra f) del apartado 4 del artículo 159, que queda redactado como sigue:

«3.º Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas 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 y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.

Si el licitador hubiera hecho uso de la facultad de acreditar la presentación de la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro a que alude el inciso final de la letra a) del apartado 4 de este artículo, la mesa requerirá al licitador para que justifique documentalmente todos los extremos referentes a su aptitud para contratar enunciados en este número.”

De esta forma, aunque la situación del ROLECE ha mejorado sensiblemente, de conformidad con esta nueva redacción del artículo 159.4 de la LCSP, la exigencia de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o, cuando proceda, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, se entiende también cumplida mediante la acreditación de haber presentado solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. Esta acreditación se producirá mediante la aportación del acuse de recibo del correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación.

En conclusión, como consecuencia de esta modificación normativa, la Recomendación de 24 de septiembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la Ley 9/2018 de 8 de noviembre de contratos del sector público, queda obsoleta y por tanto sin efecto, dado que se refiere a un marco normativo que ha quedado derogado.”

De esta forma, y como consecuencia de la modificación realizada por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, la



recomendación de la JCCPE de 24 de septiembre de 2018 queda sin aplicación, como así se indica en la nota remitida por la JCCPE a la que se ha hecho referencia.

La citada Ley entró en vigor el 1 de enero de 2022 y, en concreto, la modificación del artículo 159, apartado 4, letra a) LCSP, de conformidad con la disposición final vigésimonovena, entró también en vigor el 1 de enero de 2022. Recordemos que la licitación en controversia se convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 22 de diciembre de 2022 y, en consecuencia, no admite discusión que es aplicable la nueva redacción del artículo 159, apartado 4, letra a). Cualquier licitador diligente debía conocer esta modificación que, en todo caso, por aplicación del artículo 6.1 del Código Civil, resulta de obligado cumplimiento.

Por tanto, a partir de dicha fecha, cualquier licitación que escogiera el procedimiento simplificado regulado en el artículo 159, debía someterse a la nueva redacción del precepto anteriormente citado.

Es cierto que el PCA y su anexo exoneraba de la obligatoriedad de inscripción en el ROLECE a los licitadores, debido a que seguía la anterior recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado antes de la modificación del artículo 159 LCSP, debiéndose haber modificado, en su momento, el pliego a fin de evitar cualquier tipo de duda o interpretación incorrecta.

Ahora bien, es indudable que la redacción del pliego, en este extremo, se opone frontalmente a la vigente LCSP y aunque nuestra doctrina viene insistiendo, desde la creación de este Tribunal, que los pliegos son ley del contrato y obligan a su estricto cumplimiento, si no han sido impugnados previamente antes de la presentación de la proposición, encuentra una excepción en que los pliegos sean manifiestamente contrarios a la Ley, como es el caso, lo que obliga a entender por no puesta la cláusula en controversia. Si bien el artículo 34 LCSP, consagra la libertad de pactos en los contratos del sector público y expresa que *“podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones”*, la validez de las mismas las subordina el citado precepto, *“siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*.



Prescripción legal que es el reflejo de lo que dispone el artículo 1255 del Código Civil cuando señala que *“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”*.

Por tanto, no puede darse supremacía, como pretende la recurrente, a lo dispuesto en el PCA, frente a la LCSP, porque ésta tiene prevalencia sobre el pliego, pese a que la redacción del PCA no se ajustara a la Ley. Es decir, no se puede alegar una cláusula del PCA que contiene un error o una redacción incorrecta, para no dar cumplimiento a lo que con carácter imperativo impone la LCSP.

Y admitiendo que se hubiera podido generar confusión al licitador, por ese motivo, la entidad contratante le concedió a la recurrente la posibilidad de subsanación, pero, como no podía ser de otra forma, en el sentido de lo dispuesto en el vigente artículo 159.4 a), es decir, que acreditara estar inscrita en el ROLECE o, en su defecto, haber presentado la solicitud de inscripción en el citado registro con anterioridad a la fecha final de presentación de las ofertas.

El licitador debía conocer que estaba obligado, cuando licitó, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado precepto y, no obstante, con sentido garantista de sus derechos, se le concedió la posibilidad, vía subsanación, de acreditarlo, pero del error del pliego no puede extraerse que se le exonere de su cumplimiento. En este sentido, tampoco hubiera sido, ni tan siquiera, necesario u obligado transcribir en el PCA el mencionado precepto, ya que la norma no obliga porque se incorpore o no a un clausulado de un determinado pliego.

Tampoco puede aceptarse la pretensión que se articula en el recurso de que se anule el PCA y se retrotraigan las actuaciones para que se modifique el pliego y se proceda a una nueva licitación, en la que la recurrente ya’ cumpliría el artículo 159, pues a raíz de la petición de subsanación, manifiesta la recurrente que ya ha presentado la solicitud de inscripción en el ROLECE. En primer lugar, como se está razonando en esta resolución, no existe causa de anulabilidad del pliego que justifique su modificación y retroacción de actuaciones y, en segundo lugar, de aceptarse la petición de la recurrente se le estaría



dando la posibilidad de cumplir extemporáneamente lo ordenado en el artículo 159 y conculcando el principio de igualdad, frente a los otros seis licitadores que presentaron proposición y que, pese a la redacción del pliego, sí que acreditaron en el momento en que legalmente es procedente, el cumplimiento de dicho precepto legal.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

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 por D. U.P.T., en representación de IGNEO INGENIERÍA SOSTENIBLE, S.L.U. contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de coordinación en materia de Seguridad y Salud para obras de construcción e implantación de modificaciones de diseño en el C.A. El Cabril, para Enresa*”, con expediente CO-IN-22-009, convocado por Empresa Nacional de Residuos Radioactivos, S.A., S.M.E. (ENRESA).

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 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