



Recurso nº 1198/2023 C. Valenciana 271/2023

Resolución nº 1314/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S-C.M., en representación de GASTROGUST COSTA BLANCA, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra*”, expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 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), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. 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).

Segundo. Por providencia de la concejalía delegada de fecha 6 de octubre de 2021, se dispuso iniciar la tramitación del expediente de contratación del “Servicio de ayuda a domicilio de la dependencia”, siendo aprobado el expediente de contratación y los pliegos



que habían de regir la licitación, en sesión celebrada por la Junta de Gobierno Local en fecha 10 de junio de 2022.

Tercero. En fecha 9 de mayo de 2023 fue publicado el Anuncio de licitación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Benissa, alojado en la plataforma de Contratación del Sector Público.

Cuarto. El 6 de junio de 2023 se constituye la Mesa de Contratación para la apertura y calificación de la documentación administrativa y en ella se acuerda requerir de subsanación a la licitadora hoy recurrente en lo que se refiere a la acreditación de la solvencia técnica, otorgando un plazo de 3 días naturales.

En fecha 13 de junio, analizada la documentación aportada, la Mesa de Contratación acuerda conceder a la licitadora nuevo plazo de subsanación a la vista de que la misma se refiere a otras empresas y dueños y no se detallan las funciones exactas realizadas por el administrador único, entendiéndose que debe justificar mejor su solvencia “ya que realmente lo que se está presentando es una empresa de nueva creación y por tanto debería justificar la solvencia aplicando el artículo 90.4 de la LCSP”.

En fecha 4 de julio, analizada la documentación aportada en virtud de este segundo requerimiento de subsanación, la Mesa de Contratación la considera correcta y acuerda admitir todas las ofertas presentadas.

En fecha 25 de julio de 2023, analizadas las alegaciones presentadas por la licitadora MARÍA DALMAU ROSELLO en fecha 6 de julio y sobre la base del informe preparado por la TAG de contratación, la Mesa revisa de nuevo la documentación y decide de la hoy recurrente (GASTROGUST COSTA BLANCA, SL) así como de MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM SL.

Quinto. Disconforme con la citada Resolución por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación, la recurrente presenta ante este Tribunal escrito de interposición del recurso interesando, según recoge en el suplico, que se tenga por “interpuesto recurso especial en materia contractual frente al acuerdo de la mesa de contratación en sesión de 25 de julio de 2023, dictado en el seno del expediente de



contratación 978/2023 del Ayuntamiento de Benissa, por el que acuerda excluir a GASTROGUST COSTA BLANCA, SL y en base a los motivos expuestos se decreta su nulidad y se acuerde retrotraer las actuaciones al momento y, solo con carácter subsidiario; se resuelva el fondo del asunto y se deje sin efecto la exclusión a GASTROGUST COSTA BLANCA, SL, acordando la retroacción de actuaciones al momento de producirse el vicio invalidante”.

Sexto. En fecha 23 de agosto de 2023, el Sr. alcalde-presidente del Ayuntamiento de Benissa dicta Decreto en el que, avocando la competencia delegada de la Junta de Gobierno Local en la competencia originaria de esta Alcaldía para la emisión del informe relativo a este recurso especial, acuerda “Ratificar y suscribir íntegramente el Informe emitido por la TAG de contratación de fecha 23 de agosto de 2023 e “informar desfavorablemente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil GASTROGUST COSTA BLANCA SL contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de fecha 25 de julio de 2023”.

Séptimo. Con fecha 24 de agosto de 2023, 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 habiéndose evacuado el trámite por MARIA DALMAU ROSELLÓ.

Octavo. El 31 de agosto de 2023 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió la concesión de la medida cautelar 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 presente recurso tiene por objeto la impugnación del acuerdo de exclusión de la hoy recurrente del procedimiento “Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra”, con expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa, con un valor estimado de 152.000,00 €.



Segundo. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 45 de la LCSP así como de acuerdo con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Atendido lo señalado en el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, resolvemos no acceder a la acumulación de recursos que solicita el órgano de contratación, acorde al contenido de los Fundamentos de Derecho sexto y siguientes de esta resolución.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. La legitimación activa de la entidad recurrente deriva de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, en cuanto concurrió al procedimiento de licitación.

Quinto. El acuerdo de exclusión impugnado es susceptible de recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 44.2.b) de la LCSP debiendo, no obstante, analizarse si, por razón del tipo de contrato, el recurso especial resulta admisible.

El recurso se interpone en la licitación de un contrato calificado en el PCAP como administrativo especial (y no de servicios, como invoca la recurrente), cuyo valor estimado es 152.000 euros, IVA excluido.

En particular, el contrato se denomina *“de explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladrar, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable”* y, como desarrollaremos a continuación, es un contrato calificado por el órgano de contratación como administrativo especial, para cuya prestación el adjudicatario contará con una autorización de uso especial, no privativo del demanio.

Para analizar dicha calificación, determinante para valorar la admisión del presente recurso, cuya inadmisión postula una de las partes en el mismo, necesario proceder al análisis de los pliegos siendo a los mismos y a su contenido a los que hay que atender para calificar el contrato, y no a la denominación del mismo, como ha señalado de manera



reiterada este Tribunal en diversas resoluciones, como la 560/2015 de 12 de junio, donde dijimos que *“las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal”*.

Atendido lo anterior, debemos comenzar rechazando la calificación del presente contrato como contrato administrativo especial en la línea ya iniciada (Expediente 87/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del estado).

En efecto, tras la reforma llevada a cabo por la vigente Ley de Contratos la amplia delimitación del contrato de prestación del servicio de bar-cafetería en dependencias calificadas de dominio público, no debe ser calificada de contrato administrativo especial, sino que deben calificarse como un contrato administrativo típico siempre que ello sea posible atendidas las cláusulas del pliego (en este mismo sentido los contratos analizados en los recursos resueltos mediante nuestras Resoluciones nº 748/2023 y 997/2023).

En este sentido, conviene señalar cómo frente a la cláusula cuarta del PCAP que determina que *“(...) el empresario que resulte adjudicatario del contrato administrativo especial contará con la autorización de uso especial de carácter temporal, del espacio público delimitado para la instalación del quiosco o instalación desmontable y otros elementos para ofrecer el servicio de bar-cafetería”*, que parece conducir a calificar como concesión demanial a la relación jurídica, el resto del clausulado se orienta y enfoca al contrato de concesión de servicio.

Así, la cláusula 1.1 al describir el objeto de contrato y la necesidad a satisfacer con este, pone el centro en la prestación del servicio de bar-cafetería y con ello aleja la opción de calificar como concesión demanial, lo que es un contrato administrativo típico, cuando señala:

“Objeto del contrato: Explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladrar, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable, durante el período de vigencia del contrato.

Necesidad a satisfacer:



La necesidad del contrato es dar servicio de bar-cafetería a la población de Benissa, así como a los visitantes y turistas que vienen a disfrutar de la zona costera de Benissa, en la temporada estival. Se trata de ofrecer un servicio que fomenta y enriquece el turismo del municipio, mejorando los servicios de la playa de Cala Baladrar. La principal necesidad a satisfacer es, por tanto, la de ofrecer un servicio que resulte más atrayente para el turismo, con preferencia a la función de explotación patrimonial de un bien público. Por otra parte, además de aumentar la oferta lúdica y de ocio de la Cala Baladrar, también se fomenta el comercio de hostelería.”

Siendo ello así, hemos de tener además en cuenta que la licitación se promueve por el Ayuntamiento y no por quien solicita una habilitación para el uso especial del demanio y que, al fijar los CPV del contrato estos claramente se vinculan con la contratación de servicios y, en consecuencia, al definir la solvencia exigible, la cláusula 8.5 con relación a la económica se centra en un seguro de responsabilidad profesional y para la técnica o profesional claramente se vincula con la experiencia en la prestación del servicio contratado que no en la utilización del demanio con carácter especial, no privativo.

En concreto, sobre la solvencia técnica la cláusula en cuestión señala:

“La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por el medio siguiente:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.; estos servicios deberán ser de igual naturaleza al que constituye el objeto del presente contrato, esto es, la explotación del servicio de bar-cafetería con expedición de bebidas y otros productos alimenticios, llevando implícito el mantenimiento, la conservación y la limpieza diaria de las **Ajuntament de Benissa** zonas e instalaciones en las que se desarrolla el servicio”.



En cuanto a los criterios de adjudicación, al igual que previamente para fijar el valor estimado del contrato, la cláusula 10 tiene en cuenta el importe de canon anual ofertado, como elementos propios de la prestación del servicio y vinculados a la calidad de éste.

Todo ello conduce a descartar que el contrato que nos ocupa pueda ser calificado como concesión demanial.

Siendo ello así, debemos, a continuación, analizar si el contenido del contrato, las obligaciones definidas en este, se enmarcan en las propias de un contrato de concesión de servicios o contrato de servicios. Cualquier de ellas impediría la aplicación de la categoría de contrato administrativo especial, al ser esta residual y solo predicable de aquellos contratos que no encajan en las categorías de contratos típicos.

En la relación de las obligaciones del contratista es donde encontramos un más fácil encuadre de aquellas con las típicas de un contrato de concesión de servicios. En particular, en la cláusula 22, que al definir las obligaciones del adjudicatario durante la ejecución del contrato, incluye además de la clásica referencia a la ejecución a riesgo y ventura del contratista quien *“no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas o perjuicios ocasionados en el desarrollo de la actividad de bar-cafetería. No tendrá derecho a indemnización en el caso de que por circunstancias ajenas al Ayuntamiento de Benissa y de carácter imprevisible no pueda realizar se la prestación objeto del presente contrato,* las siguientes:

- 2. Cumplir el horario mínimo de apertura, y desarrollar la actividad de bar dentro del objeto de contrato a su propio riesgo y ventura.*
- 3. El contratista estará obligado a la limpieza diaria de la totalidad de la superficie ocupada por el servicio bar y alrededores, incluidos los aseos que siempre deberán estar en perfecto estado de higiene.*
- 4. Dichos aseos deberán permanecer abiertos al público en horario de funcionamiento de la actividad, y estar en perfecto estado de higiene. La limpieza y apertura de los mismos es responsabilidad del adjudicatario. La superficie de los aseos ha de encontrarse libre de obstáculos, no pudiendo utilizarse como almacén.*



- 5. Custodia de un expositor móvil de folletos de Turismo de Benissa, el mismo se colocará diariamente en el acceso principal del Quiosco. Su material (folletos) será exclusivo de Benissa Turisme y Ayuntamiento de Benissa, siendo reemplazado periódicamente por el personal del Ayuntamiento.*
- 6. Instalar el mobiliario, enseres y demás elementos necesarios para el funcionamiento de las instalaciones, que serán de cuenta del adjudicatario y según el proyecto que hubiese presentado, con las variantes que se acuerden junto con el Ayuntamiento. La instalación y equipamiento deberán haber finalizado en el plazo máximo de 2 meses desde la formalización del contrato de adjudicación.*
- 7. Responder de las averías que se ocasionen en las instalaciones del bar, siempre que sea por negligencia del adjudicatario, o por el uso anormal de las mismas, respondiendo incluso de los deterioros producidos por los usuarios.*
- 8. Mantener en perfectas condiciones, salvo los desgastes normales por el uso, el material recibido.*
- 9. Los gastos derivados del suministro de agua, gas y electricidad, serán de cuenta del adjudicatario y abonados directamente a las empresas suministradoras y en su caso al Ayuntamiento. También será de cuenta el gasto de la tasa de residuos urbanos. Deberá poner a su nombre el recibo de agua, dirigiéndose al Ayuntamiento (departamento de Aguas) y en el caso del recibo de la tasa de residuos urbanos dirigiéndose a SUMA.*
- 10. Abonar el importe que resulte de la adjudicación, así como los impuestos, tasas y contribuciones especiales, tanto de ámbito estatal, autonómico o local.*
- 11. El adjudicatario estará obligado a mantener el inmueble en perfectas condiciones higiénico-sanitarias, realizando las labores necesarias de limpieza de todas las dependencias del mismo.*
- 12. Deberá de constar con recipientes adecuados homologados para la recogida y almacenaje de los residuos que se recojan tanto de la limpieza del recinto, o se*



generen por el ejercicio de la actividad. Deberá evitar, por estar completamente prohibido, el almacenaje de recipientes, acopio de bebidas y envases de cualquier tipo fuera de la superficie del local. En todas las áreas de adjudicación queda prohibida la publicidad de productos comerciales, por lo que las instalaciones carecerán de reclamos.

13. *El adjudicatario, en caso de pretender instalar algún tipo de terraza-velador, lo solicitará previamente y seguirá las instrucciones que dicte el Ayuntamiento.*

14. *El adjudicatario debe disponer de carné de manipulador de alimentos, así como el resto del personal.*

15. *Admitir al uso de las instalaciones a toda persona que cumpla los requisitos **Ajuntament de Benissa** reglamentarios, respetando el principio de no discriminación. Se deberá tratar al público con corrección, dentro de las normas de convivencia ciudadana.*

16. *No sobrepasar los 45 db del sonido de 8 horas a 22 horas y los 30 db el resto del tiempo, medidos en el exterior.*

17. *Deberá conservar a su costa los elementos muebles del local.*

18. *Cumplir las obligaciones relativas a la Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales con respecto a los trabajadores que emplee el local, siendo de su cuenta y responsabilidad el personal empleado, que en ningún caso tendrá vinculación alguna con el Ayuntamiento de Benissa.*

19. *Presentación de suscripción de póliza de seguro en vigor de responsabilidad civil, a favor del Ayuntamiento, que cubra una cuantía de 300.000 euros.*

20. *Se obliga a tener en todo momento a disposición de los usuarios un cartel anunciador y hojas de reclamaciones autorizadas por autoridad competente.*

21. *Obtener las previas licencias y autorizaciones pertinentes para el ejercicio de la actividad.*



22. Obligación de abandonar y dejar libres a disposición de la Entidad Local, dentro del plazo fijado, los bienes objeto de la utilización, reconociendo la potestad de aquella para acordar y ejecutar por sí el lanzamiento”.

Y con relación a las obligaciones esenciales que pueden ser causa de resolución del contrato, la cláusula 22 vuelve a guiarnos hacia el contrato de concesión de servicios, al incluir entre ellas mayoritariamente a obligaciones del contrato de servicios. Así señala que:

“Tendrán la condición de obligaciones esenciales de ejecución del contrato, las siguientes:

a. El cumplimiento de la propuesta del adjudicatario en todo aquello que haya sido objeto de valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos para el contrato, tanto la oferta de canon como el contenido de la memoria descriptiva o proyecto objeto del juicio de valor.

b. Las obligaciones establecidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la subcontratación.

c. Las obligaciones establecidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato.

d. El cumplimiento estricto de las medidas de seguridad y salud previstas en la normativa vigente y en el plan de seguridad y salud.

e. En su caso, al pago de los salarios a los trabajadores y su retención de IRPF, así como el abono puntual de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social.

f. Incumplir las órdenes del ayuntamiento dictadas para mantener o restablecer la debida prestación, todo ello con el fin de verificar y hacer cumplir las obligaciones del adjudicatario. Así como cualquier otra orden derivada de la obligación de fiscalización de la gestión del contratista.”

Por último y no menos relevante es que el contrato no tiene coste para el Ayuntamiento, al ser los usuarios, los beneficiarios del mismo y quienes costean los servicios que demanden.

De estas previsiones puede concluirse que, en realidad, nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios incluido en el artículo 44.1 de la LCSP.

Siendo ello así, dado que su valor estimado es claramente inferior a tres millones de euros, que es el exigido por el artículo 44.1 c) de la LCSP para el acceso al recurso, este ha de ser inadmitido con base en lo señalado en el artículo 55 c) de la LCSP.

Sexto. *Obiter dicta*, entraremos a analizar el fondo del asunto, ante el interés de las cuestiones suscitadas en el mismo, con la finalidad de clarificar la doctrina de este Tribunal.

Las cuestiones que se suscitan en cuanto al fondo son las siguientes:

- Improcedencia en la admisión de las alegaciones de MARÍA DALMAU ROSELLÓ
- La firmeza de los pliegos no impide la aplicación directa del artículo 90.4 de la LCSP, dado su carácter supletorio.
- Legalidad de los plazos de subsanación otorgados por la Mesa de contratación.
- Vulneración del principio de concurrencia por una interpretación restrictiva de la forma de acreditar la experiencia del operador económico.
- Vulneración de la doctrina de los actos propios y del principio de confianza legítima a la vista de la contestación a la pregunta sobre el modo de acreditar la solvencia técnica por las empresas de nueva creación.

Entrando en el primero de los motivos del recurso, debe señalarse que asiste la razón al órgano de contratación cuando admitió (y estimó) las alegaciones efectuadas por la licitadora MARÍA DALMAU ROSELLÓ, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.3 de la LCSP conforme al cual:

“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de



su corrección con arreglo a Derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”

Y ello por cuanto el acto de admisión de la licitadora hoy recurrente no debe entenderse como un acto de trámite cualificado y, por tanto, no es susceptible de recurso, por cuanto dicha admisión no decidió directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determinó la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produjo indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Lo anterior según la doctrina mantenida por este Tribunal que considera que los actos de admisión de los licitadores al procedimiento no son actos de trámite cualificados y, por tanto, no son recurribles, salvo que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación del contrato, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, lo que no ocurría en este caso.

En este sentido, el escrito de alegaciones al recurso presentado por MARÍA DALMAU ROSELLÓ trae acertadamente a colación la reciente Resolución nº 558/2023 dictada por este Tribunal, en fecha 4 mayo de 2023 que, a su vez, cita numerosas otras resoluciones que recoge su doctrina en el sentido indicado:

“Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tiene establecida una consolidada doctrina acerca de la interpretación de la previsión contenida en el art. 44.2.b) de la LCSP, en cuanto a la posibilidad de interposición de recurso especial en materia de contratación (...)

Con arreglo a esta constante doctrina, este Tribunal mantiene el criterio de que la admisión de licitadores a los procedimientos de contratación solamente puede ser objeto del recurso especial, cuando haya sido acordada mediante un acto expreso de la Mesa o del órgano de contratación y, además, revista alguno de los requisitos exigidos para poder ser considerado un acto de trámite cualificado, a saber: decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación del contrato, determinar la



imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En este sentido, en la Resolución nº 647/2018, de 6 de julio (Recurso nº 550/2018) manifestamos lo siguiente (en términos similares, la Resolución nº 1053/2019, de 23 de septiembre (Recurso nº 913/2019):

"La cuestión, por tanto, se centra en determinar si el acto impugnado, dada su naturaleza, se encuentra comprendido dentro de los que recoge la nueva previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP (...) La novedad de esta norma se concreta en la introducción de la referencia a los actos por los que se acuerde la admisión de candidatos o licitadores, o la admisión de ofertas.

(...) el recurrente defiende el carácter recurrible de la decisión de la mesa impugnada con fundamento en lo actualmente dispuesto en el artículo 44.2.b) de la LCSP, así como en la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de abril de 2017, en el asunto C-391/15.

(...) A la luz de tales consideraciones, y en el marco de la legislación española, establecido ya con alcance general el carácter impugnabile como acto de trámite cualificado de los acuerdos de admisión de ofertas o licitadores en el vigente artículo 44.2.b) de la LCSP, habrá de analizarse en el caso concreto si efectivamente nos encontramos ante una decisión de admisión de proposiciones o licitadores susceptible de impugnación al amparo de dicha norma.

Para interpretar el alcance de dicha expresión (acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones) partimos, en primer término, de que en la regulación del procedimiento abierto en el TRLCSP y en su desarrollo mediante Real Decreto 817/2009 (y lo mismo cabe decir del régimen de la ya hoy vigente LCSP), no existe una específica previsión legal acerca de la adopción por parte de la mesa de contratación o del órgano de contratación de acuerdos expresos de admisión de los licitadores a la licitación o a los sucesivos trámites del procedimiento de adjudicación. (...)

En este sentido, en nuestra Resolución nº 111/2018, con cita de la previa Resolución nº 105/2018, indicábamos lo siguiente: "En cuanto al primer recurso (...), procede declarar su inadmisión, porque hoy en día no existe, ni en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRCSP) ni en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), trámite de admisión de los licitadores en los procedimientos abiertos, sino que en ellos todo empresario interesado puede presentar una proposición (...) y, por el contrario, solo existe acto de exclusión de licitadores por incumplimiento de los requisitos exigidos en los Pliegos, apreciado en la calificación de la denominada "documentación administrativa", a consecuencia de la competencia de la Mesa de contratación que le atribuye el artículo 22.1, a) y b) el Real Decreto 817/2009 (...).

(...) De otra parte, en cuanto a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, poníamos allí de relieve que la misma alude expresamente a los preceptos que cita de la Directiva de Recurso, que deben interpretarse como lo hace "en una situación como la controvertida en el litigio principal"(...) en el procedimiento en que se acordó la admisión recurrida (...) el Pliego de cláusulas administrativas particulares preveía un acto expreso de admisión o inadmisión de los licitadores a resultas de la calificación documental aportada por las licitadoras, documentándose todo ello en acta. (...)

En segundo lugar, retomando nuestro hilo argumental acerca de la interpretación del alcance de estos actos de admisión de ofertas o licitadores, es relevante destacar que nos encontramos ante una previsión novedosa de la Ley 9/2017 que amplía el alcance del objeto de este recurso especial pero que debe ser interpretada en el contexto que marca el principio más general conforme al cual estos actos de trámite de admisión de ofertas o proposiciones deben tener el efecto de decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Adviértase, en tal sentido, que la norma no ha querido establecer estos actos como objeto del recurso especial al margen o más allá de los actos de trámite cualificados

que ya se contemplaban en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, sino como una específica concreción de los mismos, con el matiz de que, al igual que sucede con los actos de exclusión, se estima que en todo caso concurre en ellos ese carácter cualificado.

(...) Partiendo de las anteriores reflexiones, nos parece evidente que, para que pueda estimarse que nos encontramos ante un acto de admisión de ofertas o de licitadores que pueda calificarse como acto de trámite cualificado, debe exigirse como mínimo, so pena de vaciar de sentido la norma, que se trate de una formal y expresa decisión del órgano en cuestión admitiendo una o varias proposiciones en un específico trámite del procedimiento como consecuencia de una expresa previsión legal a tal respecto. (...)”.

Séptimo. Sostiene, asimismo, la recurrente que la firmeza de los pliegos no impide la aplicación directa del artículo 90.4 de la LCSP, considerando que dicho precepto tiene carácter supletorio para todo aquello que no contemplan los pliegos.

Por el contrario, asiste la razón al órgano cuando excluye a la recurrente por no haber acreditado su solvencia conforme a la cláusula 8.5 del PCAP, resultando improcedente la aplicación directa del artículo 90.4, al no estar previsto en los pliegos que son firmes y consentidos.

En efecto, la cláusula 8.5 del PCAP previó que:

“La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por el medio siguiente:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.; estos servicios deberán ser de igual naturaleza al que constituye el objeto del presente contrato, esto es, la explotación del servicio de bar-cafetería con expedición de bebidas y otros productos alimenticios, llevando implícito el



mantenimiento, la conservación y la limpieza diaria de las zonas e instalaciones en las que se desarrolla el servicio.

La solvencia quedará acreditada mediante el certificado de buena ejecución emitido por el destinatario público o privado de los servicios, cuando el canon anual de al menos uno de los servicios prestados durante una temporada o anualidad en los últimos tres años (entre 2020-2022) supere el 40% del valor estimado del presente contrato. Esto es, sea igual o superior a 60.800€, IVA no incluido.”

Así pues, parece claro que el órgano de contratación sí estableció un determinado requisito de solvencia técnica o profesional y no se tuvo en cuenta la previsión del artículo 90.4 LCSP para empresas de nueva creación.

El artículo 90 de la LCSP exige determinación de los medios acreditativos de solvencia por el órgano de contratación y el 92 prevé la supletoriedad de la Ley en cuanto a los medios; pero lo que no se prevé es la aplicación parcial de los requisitos previstos en el clausulado sobre la base a la operativa directa del artículo 90.4: este párrafo debe interpretarse como dirigido al órgano de contratación que redacta los pliegos para que lo tenga en cuenta en su relación de medios acreditativos. De este modo, si lo prevé expresamente, ha de hacer las salvedades referidas a la nueva empresa señaladas en el apartado 90.4.

En este sentido, cabe invocar nuestra Resolución nº 1575/2022, de 15 de diciembre, en la que se señaló que:

“Cabe comenzar el análisis de la cuestión recordando que la actuación impugnada es la adjudicación del contrato y no los pliegos por los que se rige la licitación, que constituyen la ley del contrato y a ellos han de supeditarse todas las partes del mismo; este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones (entre otras, Resoluciones nº 549/2018, de 8 de junio, 1556/2021, de 11 de noviembre, o 282/2022, de 3 marzo) acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos una vez que éstos adquieren firmeza, en consonancia con reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 19 de marzo de 2001 o de 17 de febrero de 2016). Habiendo quedado aquéllos firmes y consentidos, ha de examinarse si la solución adoptada por el órgano de



contratación, que los ha aplicado –según expone en su informe al recurso– de modo más propicio al principio de concurrencia, es admisible.

Para ello corresponde acudir al artículo 90.4 de la LCSP que dispone: “En los contratos no sujetos a regulación armonizada , cuando el contratista sea una empresa de nueva creación , entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años , su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores , sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios ”.

Así las cosas, pese que el clausulado del PCAP –concerniente a la solvencia técnica y reproducido en el Antecedente segundo– parece no haber tenido en cuenta el tenor del precepto recién transcrito ni tampoco el criterio de este Tribunal puesto de manifiesto en Resoluciones como la nº 415/2022, de 31 de marzo, al contemplar únicamente la experiencia como criterio acreditativo de aquélla inclusive para las empresas de nueva creación, ha de estarse según ya se ha razonado en este concreto aspecto a su contenido con arreglo al cual, invariablemente, se exige –en cuanto al lapso temporal– la realización de servicios relacionados con el objeto del contrato durante al menos ocho años , dentro de los últimos diez.”

Como defiende el órgano en su informe, el artículo 92 LCSP establece el carácter supletorio de los requisitos de solvencia establecidos en los artículos 87 a 90 de la LCSP, ello en ausencia de la concreción de los requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional para un contrato, determinados por el órgano de contratación y detallados en los pliegos. El recurrente entiende que el artículo 90.4 tiene aplicación supletoria para todo aquello que no contemplan los pliegos; y justamente en los pliegos administrativos si se contemplan los requisitos de solvencia técnica o profesional, por tanto no cabría la aplicación supletoria de dicho precepto.

Por ello, debe asimismo desestimarse esta alegación.

Octavo. Respecto a los requerimientos de subsanación que la Mesa concedió a la recurrente (reflejados en las actas de 6 y 13.06.2023), debe indicarse que el concedido en

primer lugar fue el establecido legalmente no así el segundo que no se considera permitido, en base a la doctrina de este Tribunal (Resolución 206/2023, de 23 de febrero que cita la resolución 936/2022 TACRC) conforme a la cual no cabe *“realizar segundos o ulteriores requerimientos de subsanación, pues de lo contrario se verían afectados los principios de igualdad entre licitadores y concurrencia”*.

Este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que *“parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general... No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno”*.

Sobre la base de lo anterior, debe considerarse la conformidad de la exclusión de la hoy recurrente, por cuanto la misma se produce no porque se le haya dado indebidamente un primer trámite de subsanación sino porque, concedido dicho trámite, la recurrente modificó su oferta en lo que respecta a la acreditación de la solvencia, aportando nueva documentación e introduciendo nuevos elementos no aportados en la oferta inicial hasta el extremo de que en definitiva se aportó otra diferente, lo que no está permitido.

Noveno. Sostiene, asimismo, la recurrente que una interpretación restrictiva respecto la acreditación de la experiencia del operador económico, supone la contravención del principio de concurrencia, al no reconocer la experiencia del gerente o administrador único en la gestión de un negocio de bar cafetería.

En este sentido, hace referencia a un requisito nuevo que se le exige como experiencia del operador económico y que no figura en los pliegos generándole indefensión.

Vaya por delante que el acta recurrida no realiza una interpretación restrictiva ni introduce ningún elemento nuevo respecto a la acreditación de la experiencia del operador económico sino que se basa estrictamente en el criterio contenido en la cláusula 8.5 del PCAP. La Mesa se limita a apreciar que la documentación aportada por la licitadora relativa a la experiencia del gerente o administrador de la mercantil por cuenta ajena (realizando tareas de asesoramiento jurídico, administrativo, laboral y contable o tareas de organización y administración) no es la experiencia exigida en la cláusula 8.5 de los pliegos,

esto es, la experiencia del operador económico en “la explotación del servicio de bar-cafetería con expedición de bebidas y otros productos alimenticios, llevando implícito el mantenimiento, la conservación y la limpieza diaria de las zonas e instalaciones en las que se desarrolla el servicio”, y así se desprende del expediente.

Tal como advierte el órgano en su informe, en los pliegos se pide una relación de trabajos de similar naturaleza a la que es objeto de licitación (explotación del servicio de bar-cafetería con expedición de bebidas y otros productos alimenticios) y una forma de acreditación. Por ello, no resulta válida la declaración jurada genérica del recurrente sin que se acredite en ningún momento, ni siquiera tras las subsanaciones, que el gerente de Gastrogust Costa Blanca SL haya realizado trabajos de similar naturaleza que el que es objeto de licitación limitándose a aportar certificados de otras empresas de reciente creación de que ha prestado servicios de gestión y administración para ellas implicando una relación de trabajo por cuenta ajena o similar. Dichos certificados no deben admitirse por cuanto la experiencia previa que debe considerarse válida para acreditar la solvencia técnica es la prestada en la condición de operador económico que ofrece servicios en el mercado, posición cualitativamente distinta de la del trabajador por cuenta ajena en cuestiones fundamentales a estos efectos como la planificación, la dirección y organización de los medios técnicos y humanos o la responsabilidad de lo ejecutado, lo que hace imposible que la realización del servicio (y, consecuentemente, la fiabilidad técnica que de ella se deriva y que acredita la solvencia) pueda imputarse a un empleado concreto.

Décimo. Por último, no se ha vulnerado la doctrina de los actos propios ni el principio de confianza legítima, al no observar la respuesta a la pregunta a la que hace referencia la recurrente y ello porque dicha respuesta no cumplía con los requisitos establecidos por la LCSP (artículo 138.3) y el PCAP (cláusula 10.3) para resultar vinculante al no haberse formulado en plazo ni publicarse en el perfil del contratante.

En efecto, no debe admitirse la acreditación de la solvencia técnica de forma diferente a la prevista en los pliegos y por medios distintos a los exigidos en los mismos, con base en una respuesta proporcionada dos días antes del vencimiento del plazo de presentación de las ofertas y no publicada que no resulta, en consecuencia, vinculante, habida cuenta de



que dicha respuesta no era accesible para todos los interesados en el procedimiento de licitación, y, además, supondría una modificación de los pliegos.

Por el contrario, permitir la aplicación no prevista en el PCAP del artículo 90.4 de la LCSP, con base en dicha respuesta, sí conculcaría los principios de igualdad, transparencia, concurrencia y libre competencia. Por tanto, siendo que el PCAP no prevé la aplicación del artículo 90.4 de la LCSP en la presente licitación y que no ha sido impugnado, la solvencia técnica debió acreditarse conforme a los mismos.

A mayor abundamiento, debe advertirse que en la documentación inicialmente presentada en el Sobre A, la recurrente no hizo referencia en ningún momento a su condición de empresa de nueva creación ni a la acreditación de la solvencia con base en ello.

Por todo lo anterior, si el recurso hubiera sido admitido, *quod non*, este habría sido desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. M.S-C.M., en representación de GASTROGUST COSTA BLANCA, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra*”, expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa.

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 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 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 los artículos 10.1. letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES