



Recurso nº 659/2019

Resolución nº 728/2019

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

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. R. R., en representación de DISCOUNT INFORMÁTICO, S.L., frente al Pliego de prescripciones técnicas del contrato de “*Servicio de apoyo al soporte de usuarios*”, (Expediente: 2019/ES/07), licitado por el Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de mayo de 2019, el Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III convocó la licitación del contrato de “*Servicio de apoyo al soporte de usuarios*”, publicándose los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público junto con el anuncio de licitación ese mismo día.

El valor estimado del contrato es de 200.000 euros.

Segundo. La empresa DISCOUNT INFORMÁTICO, S.L., quien había presentado proposición para participar en el procedimiento de contratación el día 27 de mayo de 2019, interpone recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 30 de mayo de 2019 impugnando el Pliego de prescripciones técnicas (PPT).

En concreto, según se indica en su recurso, se impugnan “*las prescripciones correspondientes al Apartado 8, "Formación", página 6, en el sentido de exigirse "Experiencia demostrable de más de 7 años en puesto similar en un entorno de investigación".*”.



Considera al respecto el recurrente que tanto el número de años exigidos en materia de experiencia demostrable como la circunstancia relativa al entorno de investigación *“resultan contrarias a lo dispuesto en el art. 90 TRLCSP”*.

Estima la empresa recurrente que se produce vulneración de la libre competencia, razonando como sigue:

“El TRLCSP se aplica a toda la contratación del sector público con independencia de que se trate de una actividad de compra o de prestación de servicio y de su cuantía, por lo que cualquier contrato que celebre el sector público está sujeto a los principios inspiradores de la contratación pública, y, entre ellos, la salvaguarda de la libre competencia (art. 1 TRLCSP). Esta circunstancia, a los efectos de su alcance en la contratación es esencial.

Los poderes adjudicadores deben actuar de forma imparcial y neutral durante todo el procedimiento de contratación para garantizar la igualdad de oportunidades en todas sus fases

En este sentido, la obligación de acreditar 7 años de experiencia supera los tres años (como máximo) a los que hace referencia el art. 90.1.a) del TRLCSP.

A su vez, el requisito concreto por medio del cual se establece que la experiencia se ha de acreditar en relación a entornos de investigación, excede las prescripciones de dicho art. 90 TRLCSP, por cuanto cabe diferenciar el ámbito de la actividad del licitador, con el objeto de la contratación, que se limita a un servicio de apoyo al soporte de usuarios”.

Se refiere en apoyo de su pretensión a la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resaltando las siguientes consideraciones. En primer lugar, que es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Además, que el requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato. Se recoge la cita de la Resolución nº 33/2015, indicando, con referencia a la Resolución 150/2013: *“Para apreciar la similitud entre el objeto de los servicios o contratos*



realizados y los que son objeto del contrato, toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a) del RLCAP"

Y concluye la cita: *"Se trata, por tanto, de una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos para cuyo examen es indiferente, y, por tanto, no ha de tenerse en cuenta el ámbito material de competencias de las administraciones, organismos, órganos de contratación u órganos proponentes de aquellos contratos y del licitado."*

Termina por todo ello el recurrente interesando *"la estimación del recurso impugnando los requisitos de solvencia técnica expuestos, contenidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas; con modificación o exclusión de los mismos en el sentido de prescindir de la exigencia de acreditar 7 años de experiencia, y que la misma se corresponda con entornos de investigación o, cuanto menos, la sustitución de los mismos por medios de prueba de alternativos en relación tanto a la capacidad de la empresa"*.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso, poniendo de relieve en primer lugar como el 27 de mayo finalizó el plazo de presentación de las proposiciones, y entre las empresas que presentaron oferta dentro de plazo se encontraba DISCOUNT INFORMÁTICO, S.L., razón por la que considera que procede la inadmisibilidad del recurso contra los pliegos por haber presentado oferta la recurrente, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): *"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..."*.

Se cita en este sentido el párrafo final del apartado b) del Art. 50.1 de la LCSP, conforme al cual: *"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”.

Y se indica por ello que *“teniendo en cuenta que la empresa recurrente ha presentado su oferta en fecha 27 de mayo de 2019, aceptando de manera incondicional el contenido de la totalidad de las cláusulas contempladas en los pliegos que integran el expediente de referencia, resulta inadmisibile la presentación de este recurso. De igual forma, cabe reseñar que, en el expediente de contratación de referencia, no concurren circunstancias del artículo 39 de la LCSP, relativas a la nulidad de pleno derecho”.*

Se refiere en este punto el informe a la doctrina contenida en distintas resoluciones de este Tribunal, citando la Resolución nº 1131/2018, en cuanto al carácter de *“lex contractus”* de los pliegos.

Adicionalmente, se ofrece en el informe aclaración en cuanto a criterios de solvencia y la experiencia del personal a adscribir, indicando:

“La recurrente DISCOUNT INFORMÁTICO S.L. señala que la exigencia de acreditar experiencia de más de 7 años en puesto similar en un entorno de investigación supera los tres años a los que hace referencia el art.90.1 a) de la LCSP, y que es contraria a la ley tanto en número de años de experiencia exigida, como al contemplar la circunstancia relativa al entorno de la investigación. La recurrente confunde así la solvencia técnica o profesional de la empresa -que es a lo que hace referencia el aludido art. 90- con la experiencia del personal adscrito a la prestación del servicio. Los medios de acreditación de solvencia técnica o profesional contemplados en el apartado 11 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Jurídicas Particulares, han sido conformes a lo establecido en los apartados a), c) y e) del art. 90.1 de la LCSP, con lo cual no resulta de ninguna manera excluyente o discriminatorio para ninguna de las empresas participantes en el proceso de licitación.

El objetivo de la exigencia de 7 años de experiencia del personal adscrito es garantizar los conocimientos técnicos, la eficacia, la capacidad de resolver problemas específicos de la actividad, la calidad y la fiabilidad del personal adscrito, sin perjuicio de requerir también la solvencia técnica de la empresa”.



Considera el órgano de contratación “*que deben diferenciarse ambos requisitos, por un lado, la exigencia de experiencia general de la empresa conforme al artículo 90 de la LCSP y por otro, la experiencia concreta del equipo de trabajo o personal adscrito a la ejecución de los servicios objeto del contrato.*”

De igual forma, se considera que la experiencia mínima exigida al personal adscrito al contrato es proporcional y razonable para la correcta prestación de los servicios, dadas las especiales circunstancias del mismo recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Se refiere además el informe al principio de discrecionalidad técnica de la Administración que debe reconocerse al órgano de contratación para conformar el objeto y condiciones del contrato. Y se concluye indicando que “*atendiendo a los pliegos como ley de este contrato, pliegos que han aceptado íntegramente los licitadores, al presentar de su oferta sin impugnarlos, se considera que la solvencia técnica exigida a la empresa se ajusta a los límites legalmente establecidos y que el perfil concreto exigido para el personal adscrito al contrato resulta adecuado para la correcta prestación del servicio con arreglo al criterio técnico del órgano de contratación expresado en los pliegos*”, por lo cual “*no se puede imputar al CNIC una supuesta vulneración de la libre competencia -alegando que las prescripciones contempladas en el apartado 8 del PPT resultan contrarias a lo dispuesto en el Art. 90 del TRLCSP- cuando, además, han presentado ofertas un total de seis licitadores”.*

Cuarto. Con fecha 6 de junio de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Quinto. Con fecha 11 de junio de 2019 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la vigente 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).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1.a) y 2, a), de la Ley 9/2017.

Tercero. Hemos de analizar seguidamente la cuestión acerca de la admisibilidad del recurso que se ha planteado por el órgano de contratación en su informe en referencia a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50.1.b) LCSP, a cuyo tenor:

“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.”

Esta previsión legal responde al carácter vinculante de los pliegos para aquellos licitadores que hayan presentado sus proposiciones, lo que les imposibilita impugnar aquéllos tras la formulación de su proposición, dado que ello que supone, conforme al taxativo tenor del art. 139.1 LCSP, *“la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. Por tal razón, una vez formulada su oferta el licitador se sujeta incondicionadamente al contenido de los pliegos, los consiente, y pierde por ello la posibilidad de impugnarlos, con la salvedad que contempla el propio precepto relativa a la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho.

A la génesis y razón de ser de este precepto se ha referido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución nº 26/2019, de 7 de marzo de 2019, en la que se indica lo siguiente:

“La redacción de este precepto obedece a la propuesta efectuada al efecto en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado nº 1116/2016, de 10 de marzo, sobre el mismo artículo 50.1.b) del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual, a diferencia de la redacción finalmente adoptada, disponía que “En ningún caso 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”.

Argumentaba el Consejo de Estado que el sentido de esta cláusula “es claro y responde a la llamada condición de contractus lex -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (cfr., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

»Una solución de este tipo encontraría apoyo, además, en lo dispuesto por el artículo 139.1 del anteproyecto, en términos similares a los establecidos hoy por el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “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 (...)”.

Sin embargo, el Dictamen pone de manifiesto que “Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.

(...)

»A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego.



»En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad -i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurran vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: `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´. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado” (...).»

Esta última sugerencia es la acogida por el legislador en el art. 50.1.b) de la LCSP, tal y como resulta de su texto previamente citado.

Así las cosas, en nuestro caso consta como la empresa aquí recurrente ha interpuesto el recurso especial el día 30 de mayo de 2019, tras haber presentado con anterioridad, con fecha 27 de mayo, su proposición para participar en la licitación cuyo Pliego de prescripciones técnicas impugna.

Nos encontramos por tanto ante el supuesto de inadmisibilidad que contempla el precepto examinado, dado que se ha interpuesto el recurso por una empresa que previamente había presentado proposición aceptando incondicionadamente los pliegos que a posteriori pretende impugnar, debiendo analizarse por ello si concurre la excepción prevista en el mismo en relación con la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho. La conclusión en este punto debe ser negativa, toda vez que el recurrente invoca exclusivamente un supuesto vicio de invalidez relativo a la falta de proporcionalidad del requisito de experiencia exigido en la cláusula del PPT que impugna, lo que no encaja dentro de las causas de nulidad previstas en el art. 39.2 de la LCSP ni tampoco supone un vicio de nulidad de los establecidos con carácter general en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, precepto al que se remite el apartado 1 del citado art. 39 LCSP.



No podemos dejar de resaltar, para culminar nuestro razonamiento sobre esta cuestión, que la causa de inadmisibilidad del recurso especial que establece el precepto que venimos analizando se refiere exclusivamente a quien, siendo ya licitador por haber presentado su proposición, aceptando con ello el contenido de los pliegos y sometiéndose a los mismos, conforme a las previsiones del art. 139 LCSP, sin embargo viene posteriormente, en contradicción con ello, a interponer recurso especial impugnando los pliegos. Distinta es la situación de aquel empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación, y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso frente a los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual desestimación de su recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula posteriormente su oferta en el procedimiento de licitación en el que ya ha impugnado los pliegos. En este caso su recurso es admisible, y además se salva el óbice que, respecto de la impugnación de los pliegos, viene advirtiendo este Tribunal en relación con la legitimación de aquel recurrente que no presenta oferta a la licitación.

A esta cuestión, resaltando la diferencia entre el licitador recurrente y el recurrente licitador, nos hemos referido en nuestra Resolución nº 249/2019, razonando en los términos siguientes:

“El Tribunal ha mantenido una vez entrada en vigor la LCSP el mismo criterio establecido al amparo de la normativa de contratación anterior. En la Resolución 790/2018, de 14 septiembre se resumen la doctrina fijada por el Tribunal sobre la legitimación para recurrir de una empresa no licitadora. Así: “Este Tribunal se ha pronunciado ya en diferentes recursos sobre las consecuencias de tal circunstancia. Para comenzar, se expuso ya en nuestra Resolución 967/2015, de 23 de octubre de 2015, que la interposición del recurso especial en materia de contratación no suspende el plazo para la presentación de la oferta de licitación, al señalar en su fundamentó de derecho quinto: “Que el artículo 43.4 TRLCSP (artículo 49.4 de la LCSP) dispone que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Ello lleva aparejado el hecho de que, si no se presenta una oferta, por mucho que se haya formulado recurso, el recurrente perderá la posibilidad de participar en la licitación, en la cual, evidentemente, estará interesado con carácter general. Por tanto, es ostensible que no es similar la posición del licitador recurrente, que la del recurrente licitador, pues en el primer caso, nos encontramos con un sujeto que presenta una propuesta, y sin



embargo, pretende cambiar las reglas a posteriori; mientras que en el segundo caso, tenemos a una entidad que cuestiona las reglas que han de regir, la contratación, pero que aun así, decide participar en el procedimiento por si las mismas no fueran modificadas. Y todo ello, porque como hemos visto, la interposición del recurso, aun cuando se soliciten y adopten medidas cautelares, no afecta al plazo de presentación de ofertas.

(...)

A la vista de esta doctrina, la recurrente no ha presentado oferta de ningún tipo, y el plazo de presentación de ofertas ya ha precluido. Como consecuencia de lo anterior, el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado.”

En definitiva, no cabe sino concluir en que en el régimen establecido por la vigente LCSP la admisibilidad del recurso especial frente a los pliegos requiere que el empresario que, encontrándose interesado en participar en una licitación, advierta en los pliegos de la misma algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, tenga que impugnar los mismos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible, y, una vez formulado dicho recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, habrá entonces de formular su proposición en dicho procedimiento.

En nuestro caso, por el contrario, se ha incurrido por el recurrente en el supuesto de inadmisibilidad del art. 50.1.b) LCSP que hemos analizado, dado que ha impugnado el pliego de prescripciones técnicas después de haberlo aceptado incondicionadamente mediante la previa presentación de su proposición para participar en el procedimiento de contratación.



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. A. R. R., en representación de DISCOUNT INFORMÁTICO, S.L., frente al Pliego de prescripciones técnicas del contrato de “*Servicio de apoyo al soporte de usuarios*”, (Expediente: 2019/ES/07), licitado por el Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada, de conformidad con lo dispuesto 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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017.

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.