

Recurso nº 017/2012

Resolución nº 045/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 3 de febrero de 2012

VISTO el recurso interpuesto por D. A.T.M, en representación de TRANSPORTES BLINDADOS S.A. (TRABLISA), contra la resolución dictada el 20 de diciembre de 2011 por el Director Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social, recaída en el expediente 01/2012, para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de vigilancia de la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Sevilla , Administraciones, U.R.E.S. y otros centros dependientes de la misma, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Sevilla convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de octubre de 2011, enviado al Diario Oficial de la Unión Europea 20 de septiembre de 2011, licitación para la adjudicación por el procedimiento abierto del servicio de vigilancia de la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Sevilla, Administraciones, U.R.E.S. y otros centros dependientes de la misma. Dicho anuncio fue igualmente publicado en el Perfil de Contratante de la Dirección General de la Tesorería de la Seguridad Social el 23 de septiembre de 2011, en el que también estaban disponibles, desde idéntica fecha, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales y el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señalaba, en su cláusula 10.1, que los licitadores deberían aportar "*certificación acreditativa de su clasificación en el Registro de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de*

Economía y Hacienda “en el grupo M, Subgrupo 02 y Categoría C, así como en el grupo P, Subgrupo 05 y Categoría D.

Tercero.- La mercantil recurrente presentó el 7 de noviembre de 2011 la documentación para concurrir al indicado expediente de contratación.

Cuarto.- El 11 de noviembre de 2011 la Mesa de Contratación procedió a la apertura de los sobres que contenían la documentación personal de los licitadores, apreciándose que la mercantil recurrente acompañaba certificación acreditativa de la clasificación en el Grupo P, Subgrupo 05 y Categoría C, sin cumplir, por tanto, con el requisito de clasificación exigido en la citada cláusula 10.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Al mismo tiempo, entre la citada documentación se apreció la presencia de un escrito por el que la recurrente solicitaba de la Mesa de Contratación la rectificación de la citada cláusula o, en su defecto, la admisión como suficiente de la clasificación acreditada por la citada mercantil. A la vista de tal documentación, la Mesa decidió excluir de la licitación a la recurrente, y ello, según se expuso en el Acta correspondiente, por considerar que *“no cumple con el requisito de la Capacidad Técnica al no acreditar la clasificación exigida en el pliego”*, defecto que se juzgó insubsanable. En la citada acta se argumenta la exclusión como sigue: *“A este respecto hay que considerar que la empresa presenta un escrito por el que tras hacer diversas consideraciones sobre la clasificación exigida solicita que la Mesa proceda a rectificar y considere correcta la clasificación presentada (P05C). La Mesa, tras estudiar detenidamente el escrito de referencia y lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas determina que no ha lugar la rectificación que solicita, ya que debió reclamarse en tiempo anterior. En el caso que nos ocupa debió hacerlo contra lo especificado en el Pliego de Cláusulas Administrativas, para que se hubiera resuelto y adoptado la resolución precedente. En consecuencia, se ratifica en que la documentación no se corresponde con lo requerido y procede su exclusión, sin que haya lugar a la apertura de la oferta económica. Se hace referencia expresa al contenido de la cláusula 2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que textualmente indica: “El empresario acepta de forma expresa su*

sumisión a la legislación y al Pliego anteriormente citado y al presente pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rige este contrato”.

Quinto.- El 16 de noviembre de 2011 se celebró el acto de apertura de las ofertas económicas, al que asistieron los representantes de la mercantil recurrente (a saber, D. Armando Torres Miró y D. Juan Formoso), a los que, con dicha ocasión, se les comunicó la aludida exclusión por incumplimiento de *“lo requerido en el punto 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

Sexto.- El 28 de noviembre la mercantil recurrente presentó alegaciones al acuerdo de exclusión. A sus resultas, el Presidente de la Mesa de Contratación libró oficio de fecha 30 de noviembre por el que solicitaba de la interesada la aportación del *“recurso interpuesto en fecha 7 de noviembre contra el PCAP, con la constatación de la fecha y hora de presentación en el Registro de esa Dirección Provincial u otro de los habilitados”*. A dicho oficio respondió la mercantil tantas veces aludida manifestando que *“ha presentado dicho escrito en fecha 07 de noviembre en el Sobre nº 1 de Documentación Personal”*.

Séptimo.- Con fecha 20 de diciembre de 2011, el Director Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social dictó resolución por la que decidió desestimar las alegaciones formuladas por la aludida licitadora, confirmando la *“resolución de la Mesa de Contratación por la que la excluía de la participación en el concurso por no reunir los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

Octavo. Dicha resolución fue notificada a la ahora recurrente el 21 de diciembre de 2011.

Noveno.- Contra dicha resolución, la mercantil TRANSPORTES BLINDADOS S.A. (TRABLISA), ha interpuesto el 17 de enero de 2012 recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

Décimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las restantes licitadoras, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que así lo hayan hecho.

A los anteriores antecedentes les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, se interpone, de forma inmediata, contra la resolución de 20 de diciembre de 2011, por la que el Director Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social decidió desestimar las alegaciones formuladas, el 28 de noviembre de 2011, por la mercantil TRANSPORTES BLINDADOS S.A. contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación el 11 de noviembre de 2011, y, de forma mediata, contra esta propia exclusión, que le había sido notificada, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, el 16 de noviembre.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto y dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido, tal y como ahora se expondrá, entre la notificación de la resolución recurrida y dicha interposición más de los de quince días hábiles a que se alude en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido, debe destacarse que, aún siendo cierto que la resolución inmediatamente recurrida fue notificada el 21 de diciembre de 2011 y que el recurso contra ella hecho valer ha sido presentado el 17 de enero de 2012, fechas entre las que dicho plazo habría transcurrido sobradamente, no lo es menos que, en rigor, el acto que en último extremo es objeto de recurso es la exclusión acordada el 11 de noviembre de 2011, cuya exclusión fue notificada el 16 de noviembre y contra la que la interesada hizo valer, el 28 de noviembre de 2011 (antes, pues, de que hubieran transcurrido los indicados quince días hábiles) un escrito de alegaciones que, en rigor, debió ya ser calificado como recurso especial en materia de contratación, en

aplicación de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. En efecto, el escrito presentado el 28 de noviembre lo habría sido antes de que hubiera transcurrido el plazo de quince días desde la notificación de la exclusión y ya debía haber sido calificado como recurso especial en materia de contratación, en tanto expresaba una clara voluntad, hecha valer en escrito autónomo, de que se revisase dicha exclusión, circunstancia que, por mor del principio *“pro actione”*, hace obligado el obviar la evidente demora padecida en la impugnación de la citada resolución de 20 de diciembre de 2011.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la afirmación de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de impugnación por dicho cauce, atendido lo dispuesto en el artículo 40.2.b), inciso final, del referido texto legal.

Cuarto. Como preámbulo necesario para abordar las cuestiones planteadas por la recurrente, conviene destacar que, como ha afirmado reiteradamente este Tribunal (entre otras muchas, en la resolución 101/2011), los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho.

En el caso que nos ocupa, los pliegos aplicables señalaban, con claridad, como se ha expuesto, en su cláusula 10.1 la exigencia de una determinada clasificación, con la que la recurrente admite no contar.

Tales pliegos fueron aceptados por la recurrente al presentar su oferta, tal y como expresa su cláusula 2.2 y, por otro lado, resultaba con manifiesta claridad del entonces vigente artículo 129 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, según el cual *“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.” .

La contraparte alega que, ello no obstante, debe admitirse la posibilidad de que un licitador, simultáneamente, presente su oferta e impugne el pliego de cláusulas administrativas particulares, afirmando que, de hecho, la presentación de dicha oferta es condición necesaria para el reconocimiento de la legitimación activa para la impugnación del pliego. Sobre esta base, afirma que al incorporar a su oferta un escrito de alegaciones por el que solicitaba fuese rectificada la cláusula 10.1 del pliego vino en impugnar validamente éste.

Tal alegato no puede ser aceptado. En primer lugar, y en lo que concierne a la legitimación para recurrir, debe recordarse que el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público configura, en la actualidad, la legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación en términos de mucha mayor amplitud que la apuntada por la actora, al indicar que podrá hacerlo *“toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.”*

Ese precepto, al igual que su equivalente artículo 312 en la primigenia Ley 30/2007, guarda, como ha señalado este Tribunal en la resolución 29/2011, una clara relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992. Sin embargo, el legislador ha sido deliberadamente menos concreto con la finalidad de cumplir de manera escrupulosa las exigencias de las Directivas comunitarias en materia de recursos. No parece, desde luego, que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional ha precisado el concepto de interés legítimo en términos que no avalan la restringida

concepción propuesta por la recurrente. De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

Es evidente , bajo dichos presupuestos, que no es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que, con toda evidencia, estarán legitimados para dicha

impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquel hecho valer.

Sentado lo anterior, y asumido por ello que la efectiva concurrencia al procedimiento no era requisito indispensable, como pretende la recurrente, para la impugnación de los pliegos contractuales, ha de convenirse en que, como con toda claridad expresaban la cláusula 2.2 de los pliegos y el entonces vigente artículo 129 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la actora, al presentar su oferta, vino en aceptar incondicionalmente el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, en términos que ahora le impiden pretender desconocer o impugnar su contenido.

A lo dicho nada obsta el hecho de que la recurrente incluyera, al presentar su oferta y junto con la restante documentación contenida en el sobre de “documentación personal”, un escrito en el que solicitaba de la Mesa la rectificación de la cláusula 10.1 y la consiguiente admisión como suficiente de la clasificación por ella acreditada. En efecto, la propia incorporación de dicho documento a uno de los sobres de la oferta y la omisión de su simultánea presentación de forma autónoma (extremo éste que pretendía esclarecer, en mejor garantía de los derechos de la actora, el órgano de contratación al formular el requerimiento aludido en el antecedente de hecho sexto de esta resolución) *“en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*, tal y como exige el artículo 44.3 del Texto Refundido, impiden atribuir a dicho documento la naturaleza de escrito inicial de un procedimiento de revisión (como lo es, a todas luces, el recurso especial en materia de contratación) ni convertirlo en hecho obstativo al efecto que el artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público atribuye a la propia presentación de tal oferta. El principio antiformalista (del que este Tribunal ha hecho debida aplicación en el fundamento segundo de esta resolución) no debe ni puede, sin embargo, llevarse al extremo de obviar las más mínimas y elementales exigencias procedimentales en el ejercicio de los medios de revisión y en la patente exteriorización de la voluntad de hacer uso de ellos, debiendo así concluirse que

la recurrente ha hecho decaer, por sus propios actos, la facultad de impugnar en tiempo y forma el pliego de cláusulas administrativas aplicables.

Quinto.- Así las cosas, siendo lo cierto que no es dable apreciar en la previsión de la cláusula 10.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, vicio determinante de nulidad de pleno derecho, debe estarse a su estricto contenido para determinar la procedencia de la exclusión objeto de impugnación. Y de esta forma, siendo un hecho consentido que la actora no reúne la clasificación allí exigida, deviene aquélla inobjetable.

A tal fin, debe rechazarse el alegato hecho valer por la actora para denunciar la omisión de todo requerimiento de subsanación por parte de la Mesa de contratación. En tal sentido, debe destacarse que en el propio documento antes referido e incorporado al sobre de documentación personal la actora hacía evidente, en términos que no han sido contradichos ni negados en ningún momento posterior, que ésta no contaba con la clasificación requerida. Asumido este hecho, ha de recordarse la consolidada doctrina al efecto elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de subsanación de los defectos apreciados en la documentación presentada por los licitadores que concurren a contratos públicos, plasmada en sus informes 56/96, de 8 de octubre, así como 37 y 44/1997, de 10 de noviembre, en los que se afirma que los defectos son subsanables *“cuando no afecten al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación”* y que *“la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación de requisitos que, existiendo en el momento de aportar la documentación (p.ej. poder del garante) no se han acreditado debidamente”*. Resulta patente, a la luz de estos pronunciamientos, que, reconociendo la licitadora no contar con la clasificación requerida, la Mesa de contratación no estaba obligada a formular un requerimiento de subsanación de un requisito que se sabía inexistente, por lo que no cabe oponer dicha omisión como fundamento de la eventual ilegalidad de la exclusión recurrida.

De igual modo, tampoco cabe estimar el alegato de la recurrente que pretende hacer extensiva la aplicación del artículo 52.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (vigente al adoptarse el acuerdo de exclusión controvertido) al requisito de clasificación, a fin de que éste pudiera tenerse por cumplido mediante el simple expediente de subcontratar la ejecución del contrato con una empresa que reúna la exigida.

Por un lado, no puede obviarse que el artículo 52.1 aludido se contrae, exclusivamente, a la acreditación de la solvencia técnica, sin que quepa su extensión a la estricta clasificación.

Por otro, aunque así se aceptara a los meros efectos dialécticos, no puede obviarse que el indicado precepto, cuando señala que *"para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios"*, está exigiendo, en forma harto patente, que los medios sean disponibles en acto, que no en potencia o con carácter meramente hipotético, y que así se acredite en la propia oferta, adverando, además, la existencia, en ese momento, de vínculos efectivos con las entidades ofrecidas para complementar dicho requisito. No es, en modo alguno admisible a tal fin, dejando al margen lo que ahora se dirá, la mera, imprecisa, indeterminada e hipotética manifestación (como la realizada por la recurrente) de que, en su momento, se subcontratará la ejecución del contrato con una entidad que cuente con dicha solvencia o medios.

En rigor, la pretensión de la contraparte, por mucho que ésta así no lo exprese, podría articularse con mejor fundamento sobre la base de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 54.1 de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público, según el cual *"en el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato"*.

Sin embargo, dejando al margen cualquier otra consideración (en particular, si realmente concurren en el supuesto analizado los presupuestos objetivos de aplicación del tal precepto), lo cierto es que la actora debió haber hecho valer dicha opción, si aplicable fuera, al tiempo de formular su oferta (en la que se obvió toda referencia a dicha eventual subcontratación) siendo los estrictos términos en que ésta realmente se expresó los que

han de determinar el juicio de legalidad sobre la exclusión acordada. Es por ello que la sobrevenida alusión a dicha eventual subcontratación en el escrito de 28 de noviembre de 2011 y, posteriormente, en el ahora analizado de 17 de enero de 2012, no puede ser ponderada en el ejercicio de la función estrictamente revisora atribuida a este Tribunal, pues lo contrario sería tanto como admitir, con infracción de los más elementales principios rectores de la contratación, la sobrevenida modificación de su oferta, una vez concluido el plazo para su presentación y realizada la calificación y selección por la Mesa de contratación, por uno de los licitadores.

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. Armando Torres Miró, en representación de TRANSPORTES BLINDADOS S.A. (TRABLISA), contra la resolución dictada el 20 de diciembre de 2011 por el Director Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social, recaída en el expediente 01/2012, para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de vigilancia de la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Sevilla, Administraciones, U.R.E.S. y otros centros dependientes de la misma.

Segundo. 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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.