



Recurso nº 008/2013

Resolución nº 039/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.F.R., en representación de “INNOVA DATA CENTER, S.L.”, contra el pliego de condiciones administrativas generales para la contratación, por parte del Instituto de Crédito Oficial, y mediante procedimiento abierto, de los servicios de supervisión documental del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los contratos de financiación de diversas líneas de mediación de 2009, 2010 y 2011, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 4 de diciembre de 2012, fue publicada en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación, por el Instituto de Crédito Oficial, y mediante procedimiento abierto, del contrato de servicios de supervisión documental del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los contratos de financiación de diversas líneas de mediación de 2009, 2010 y 2011 (expediente ICO-09-2012); la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea tuvo lugar el 6 de diciembre del mismo año.

Según tales anuncios, el valor estimado del contrato es de 254.661'16 euros, clasificado en la categoría 9 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; en adelante, TRLCSP), relativa a servicios de “contabilidad, auditoría y teneduría de libros”, y código CPV 72316000 (Servicios de análisis de datos).

El plazo de presentación de ofertas concluía el 18 de enero de 2013.

Segundo. La cláusula 6.5 del pliego de condiciones generales rector de la licitación reza así:

<<6.5.- Requisitos generales de capacidad y solvencia:

6.5.1.- Las empresas con plena capacidad para contratar, conforme a la legislación en vigor, deberán acreditar un nivel de facturación en los dos últimos ejercicios (2010 y 2011) superior a veinticinco (25) millones de euros.

6.5.2.- Los interesados en participar deberán acreditar su solvencia técnica o profesional en la prestación de servicios con objeto similar al de la presente contratación, acreditando su experiencia y/o conocimiento en la prestación de servicios similares realizados dentro de los tres (3) últimos años (2009, 2010 y 2011).

Dicha solvencia se acreditará mediante la aportación de la documentación a la que se hace referencia en el apartado 7.6.1.10 posterior. >>

Idénticas previsiones se contienen en los anuncios de licitación publicados en la Plataforma de Contratación del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea, bajo las rúbricas respectivas de “Requisitos de participación” y de “Condiciones de participación”.

Tercero. Los servicios objeto de licitación se detallan en el apartado II del Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que se lee:

<<El objetivo de la Supervisión se centra en la verificación del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los Contratos de Financiación firmados entre el ICO y las Entidades Financieras Colaboradoras.

Las actividades a desarrollar, entre otras, son:

Validación de que el procedimiento de obtención de la muestra inicial a supervisar permite obtener una muestra estadísticamente significativa, a los efectos de determinar el nivel de incumplimiento por línea y por entidad financiera; verificación de la correcta elegibilidad del beneficiario final, verificación, de que el objeto de la financiación se enmarca en los sectores y/o inversiones financiables; comprobación de la completa justificación de la realización de la inversión financiada con fondos ICO, así como de los plazos en los que ha de realizarse; y todo ello de las 4.402 operaciones/beneficiario final con distinto NIF seleccionadas, así como de todas las operaciones otorgadas a los mismos.>>

Cuarto. Mediante escrito presentado en el Registro del ICO el 8 de enero de 2013, D. M.A.F.R., en nombre de “INNOVA DATA CENTER,S.L.” anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación contra “el contenido de los pliegos del expediente de contratación de prestación de servicios de Supervisión Documental (Exp. 09/2012).”

Quinto. El 9 de enero de 2013 tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito firmado por D. M.A.F.R., en nombre de “INNOVA DATA CENTER, S.L.” en el que se interpone recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos rectores de la licitación referida.

Sexto. El expediente, con el informe del órgano de contratación, fue recibido en este Tribunal el 17 de enero de 2013.

Séptimo. A 15 de enero de 2013, no se habían presentado ofertas a la licitación.

Octavo. El 17 de enero de 2013, el Tribunal adoptó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, defiriendo a la decisión del recurso el levantamiento de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante citado como TRLCSP).

Segundo. Pese a que no consta que la compañía mercantil haya concurrido efectivamente al procedimiento y a pesar de que tampoco se haya aportado documentación que justifique su interés en participar en la misma (vgr.: estatutos en los que se aprecie que en su objeto social se comprenden los servicios que se licitan), la falta de objeción alguna sobre este extremo por parte del órgano de contratación aboca, en estricta aplicación del principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), a que este Tribunal deba admitir la legitimación de la sociedad “INNOVA DATA CENTER, S.L.” para interponer el recurso.

Esta decisión es, por lo demás, coherente con la doctrina que niega que pueda discutirse la legitimación previamente aceptada por la Administración (véase, por todas, STS de 20 de mayo de 1985 –RJ 1985/2375-), que es, en último término lo que aquí ha acaecido con el silencio del órgano de contratación (*“qui tacet consentiré videtur”*, reza el brocardo latino).

Tercero. Tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 b) TRLCSP, el pliego de cláusulas administrativas particulares (aquí denominado “pliego de condiciones administrativas generales”) es susceptible de recurso especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 a) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días legalmente establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

Se rechaza, pues, la extemporaneidad aducida por el órgano de contratación en su informe, dado que, al dirigirse el recurso frente al contenido del pliego cláusulas administrativas y haberse puesto a disposición el mismo a través de la Plataforma de Contratación del Estado, es criterio reiterado de este Tribunal que, con arreglo a los artículos 44.2 a) y 158 TRLCSP, en tanto no conste de manera fehaciente la fecha en la que el interesado accedió al pliego, el plazo debe computarse el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos (Resoluciones 21/2011, 130/2011, 139/2011, 144/2011, 228/2011, 232/2011, 261/2011, 210/2012).

Pues bien, aplicando tal doctrina al caso que nos concierne, es claro que el recurso se formuló dentro del plazo establecido, toda vez que, a su fecha de interposición (9 de enero de 2013), ni siquiera había concluido el plazo de presentación de ofertas (18 de enero de 2013).

Quinto. El presente recurso se dirige frente al Pliego de cláusulas administrativas rector de la licitación. En concreto, es objeto de impugnación su cláusula 6.5 (relativa a la solvencia exigida a los licitadores), así como la omisión en aquél de toda referencia al

artículo 83 TRLCSP (concerniente al valor de las certificaciones expedidas por el Registro Oficial de Licitadores).

Sexto. Antes de analizar las cuestiones que plantea la recurrente, empero, este Tribunal entiende necesario pronunciarse sobre el alcance que tiene la falta de impugnación del anuncio de licitación, en el que, como se ha reseñado en los antecedentes de hecho de esta Resolución, se incluían las mismas previsiones acerca de la solvencia que las incorporadas en el Pliego. Dicho en otros términos, se trata de dilucidar si concurre un acto firme y consentido (cuestión de orden público y, por lo tanto, apreciable de oficio como se desprende del artículo 51.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que impide contender ahora respecto de las previsiones del Pliego incluidas en los anuncios publicados en diarios oficiales (en el caso que nos atañe, DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Estado.

A juicio de este Tribunal, el interrogante merece una respuesta negativa.

En efecto, el anuncio de licitación es un acto puramente instrumental por medio del cual se pone en conocimiento de los operadores económicos la existencia de los procedimientos de contratación, a fin de salvaguardar el principio de publicidad e, indirectamente, el de concurrencia, y con el propósito de que aquéllos *“evalúen si les interesan los contratos propuestos”*, como expresamente proclama el apartado 36 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo. El anuncio es, en suma, un medio de publicidad, que en sí mismo se circunscribe a dar a conocer una información básica (la establecida en el TRLCSP y en la normativa de desarrollo del mismo) referida al procedimiento de licitación y al contrato respectivo, pero que, por sí, no establece las condiciones en que se va a desarrollar aquél, ni los derechos y obligaciones de las partes ni, en fin, las características de la prestación que se desea contratar, extremos que se fijan en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas (artículos 114-120 TRLCSP).

Quiérese decir con ello, en suma, que el anuncio da cuenta, en forma sucinta (en los términos que resultan de los artículos 53, 142 y 334 TRLCSP, de los Anexos I y II del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como de la Orden

EHA/1220/2008, de 30 de abril, por la que se aprueban las instrucciones para operar en la Plataforma de Contratación del Estado) de lo que ha sido fijado por el órgano de contratación en los pliegos. Son éstos, pues, los que determinan el contenido de aquél, y no viceversa, razón por la cual los artículos 40.2 a) y 44.2 a) TRLCSP permite impugnar los pliegos con independencia del anuncio de licitación.

Descendiendo al caso que nos atañe, la solvencia económica y técnica requeridas son consecuencia del pliego de cláusulas y no del anuncio de licitación, de manera que la falta de impugnación de éste no puede entenderse como un acto firme y consentido que impida impugnar el contenido del primero.

Milita en pro de esta tesis una consideración adicional de índole práctica, a saber: en gran parte de los casos la lectura del anuncio sólo permite al operador económico formarse un juicio preliminar y aproximado del respectivo contrato, siendo necesario el examen de los pliegos para tomar definitivo conocimiento del mismo y, por lo tanto, también de si resulta o no justificada la exigencia de solvencia que se ha divulgado en el anuncio. En esta tesitura, y en ausencia de una previsión expresa en tal sentido, resultaría cuando menos desproporcionado, además de contrario al tenor del artículo 44.2 a) TRLCSP, exigir que los interesados impugnen separadamente el anuncio de licitación, máxime si se tiene en cuenta que, dado que el plazo para ello se contaría desde el día siguiente al de la publicación (artículo 44.2 c) TRLCSP), es posible que se vieran obligados a interponer el recurso sin ni tan siquiera saber si la exigencia de un determinado nivel de solvencia es o no ajustado a Derecho.

A la vista de cuanto antecede, este Tribunal, pues, entiende que no concurre ningún óbice que le impida resolver el fondo del recurso planteado por la mercantil “INNOVA DATA CENTER, S.L.” a pesar de que no se haya impugnado en tiempo y forma el anuncio de licitación.

Séptimo. Tal y como se ha apuntado, la mercantil recurrente impugna la cláusula 6.5 (y, por extensión, de la cláusula 7.6) por entender que conculca el artículo 65.1 TRLCSP, en la medida en que, según se razona, el Pliego obvia el requisito de la preceptiva clasificación para contratar con las Administraciones Públicas.

El motivo no debe prosperar, porque, tal y como expone acertadamente el órgano de contratación en su informe, el Instituto de Crédito Oficial es una entidad pública empresarial (artículo 1 de sus estatutos aprobados por Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos) y, como tal, no tiene la condición de Administración Pública a los efectos del TRLCSP (artículo 3.2 e) *“in fine”* TRLCSP), aunque sí de Poder adjudicador (artículo 3.3 b) TRLCSP).

Siendo ello así, es evidente que no le resultaría, en ningún caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo 65.1 TRLCSP –que impone, efectivamente, el requisito de la clasificación para celebrar determinados contratos con las Administraciones Públicas-, sino el artículo 65.5 TRLCSP, en el que se lee:

<<Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato.>>

El empleo del verbo *“podrán”* revela inequívocamente que la exigencia de clasificación es puramente potestativa, conclusión que se refuerza si se compara la redacción del precepto transcrito con la del artículo 65.1 TRLCSP, en el que se alude a aquella como un *“requisito indispensable.”*

El motivo, en suma, debe perecer.

Octavo. El segundo de los reproches que la sociedad recurrente dirige al Pliego de cláusulas es la omisión en él de toda cita al artículo 83 TRLCSP, que reza así:

<< 1. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.

2. La prueba del contenido de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas se efectuará mediante certificación del órgano encargado del mismo, que podrá expedirse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.>>

Las alegaciones de la recurrente no han de ser acogidas.

Ciertamente, el Pliego omite la cita del precepto en cuestión, pero tal silencio carece de toda relevancia, porque se trata de una norma de derecho necesario, que resulta aplicable a todas las licitaciones convocadas por el sector público definido en el artículo 3 TRLCSP, aunque nada se diga sobre el particular en los pliegos respectivos. Otra cosa sería que se hubiera negado la posibilidad de que los interesados se valieran del certificado expedido por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, o que, como responde el órgano de contratación en su informe, se excluyera a la empresa que presentara aquél por no entender acreditada la condición de solvencia (siempre que, claro está, no concurriera en contrario), hipótesis éstas en las que no habría reparo alguno en sostener la existencia de una infracción del precepto en cuestión.

Lo que no cabe sostener, empero, es que el Pliego haya de recoger de manera inexcusable una prevención legal *“ius cogens”*; podría haberlo hecho, sí, pero el no hacerlo no conculca ningún precepto de nuestro Ordenamiento. En este sentido, cabe recordar aquí el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/1998, de 11 de junio de 1998, que, respecto a la prohibición de disminuir las medidas contenidas en el Plan de Seguridad y Salud a que se refiere el artículo 5.4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, rechazó que fuera necesario incluir previsión expresa en los Pliegos afirmando:

<<Que, por tanto, no resulta necesario incluir prevenciones especiales en el pliego de cláusulas administrativas particulares por derivar las conclusiones anteriores de la

normativa vigente y que, si no obstante, se considera conveniente hacer menciones específicas sobre este extremo en los pliegos, tales menciones deben limitarse a reproducir las normas en vigor, sin extenderse a extremos como hablar de sanciones o exclusiones de plano que pueden interferir el juego normal de las normas sobre adjudicación de contratos.>>

Más explícitamente, la propia Junta Consultiva, en su Acuerdo adoptado en relación con los supuestos de derecho transitorio derivados de la Ley 34/2010, de 5 de agosto (Informe 45/2010, de 28 de septiembre de 2010), señaló:

<<Al respecto, es criterio reiteradamente expuesto por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no deben reproducirse las normas legales para convertirlas en obligaciones contractuales puesto que la fuerza de obligar de unas y otras tiene origen distinto. En efecto, las obligaciones, y sus correlativos derechos, establecidas por una ley derivan de ella su obligatoriedad sin que resulte alterada esta circunstancia por el hecho de que se incluyan o no en los pliegos. Por consecuencia, no es adecuado que los pliegos recojan tales preceptos para convertirlos en cláusulas del contrato, pero si lo hacen, es evidente que, al no ser el contrato el origen de su fuerza obligatoria, ésta sigue las mismas vicisitudes que la Ley que las establece, debiendo entenderse que si se modifica la Ley, también resultan modificadas las cláusulas del pliego que las hubiese recogido.>>

En definitiva, y sin necesidad de detenernos más en esta cuestión, no es dado colegir infracción alguna por el hecho de que el Pliego no haya incorporado la previsión del artículo 83 TRLCSP, debiendo, en consecuencia, desestimarse el recurso.

Noveno. A.- El último de los motivos de impugnación atañe a la cláusula 6.5.1 del Pliego por entender que el nivel de facturación exigido en ella (veinticinco millones de euros) para acreditar la solvencia económica es desproporcionado.

A ello contesta el órgano de contratación indicando que *“la necesidad de establecer el volumen de negocios mínimo recogido en el Pliego de Condiciones se deriva de la especificidad de la actividad a supervisar, la cual es realizada exclusivamente por parte del Instituto de Crédito Oficial, así como el volumen de las líneas de mediación para las*

que se realiza la supervisión, cuyo importe dispuesto asciende a 22.325 Miles de Millones de euros.”

El motivo debe prosperar.

B.- En efecto, el nivel de solvencia exigible, con el que se persigue justificar la capacidad o aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 266/2011, 81/2012, 82/2012, 117/2012, entre otras), ha de venir dado por el objeto del contrato y ser proporcional al mismo; si se prefiere, y en expresión del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/2007, de 5 de julio de 2007 (asumido por Resolución de este Tribunal 266/2011), es preciso *“que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato”*.

En el caso que nos concierne, y aunque sea forzoso reconocer cierto margen de apreciación al órgano de contratación, la cifra de negocios exigida (25.000.000 €) es notoriamente superior al valor estimado del contrato (254.661'16 €), lo que es tanto como afirmar que para llevar a cabo el servicio que se pretende adjudicar es necesario haber realizado en un solo año, aproximadamente, cien contratos como del que aquí se trata. La falta de proporcionalidad resulta evidente y apenas si necesita ulteriores disquisiciones.

No se acogen, pues, las explicaciones dadas por el órgano de contratación acerca de la especificidad de los trabajos a desarrollar; no son suficientemente convincentes, toda vez que, además de que la proporcionalidad exige tener en cuenta el importe del contrato que se licita (Resolución de este Tribunal 213/2011, que cita la recurrente), ello debe reconducirse más bien al requisito de la solvencia técnica. De hecho, lo único que consigue la exigencia de un volumen de negocios tan elevado es que sólo las empresas de considerables dimensiones opten a la adjudicación, lo que no es compatible con el principio de libre concurrencia que debe presidir la actuación contractual del sector público (artículos 1 TRLCSP y 2 Directiva 2004/18/CE, así como Resolución de este Tribunal 241/2012).

De igual modo, el volumen de las líneas de mediación para las que se ha de realizar la supervisión podrá justificar la exigencia de prestación de garantía por el adjudicatario para

asegurar la correcta ejecución del contrato (artículo 104.1 TRLCSP), pero no el que se pueda introducir una cláusula que, como la descrita, cercena notablemente el acceso a la licitación.

C.- A la vista de lo expuesto, se impone anular la cláusula 6.5.1 del Pliego, a fin de que el órgano de contratación adecúe la exigencia de la solvencia económica a un nivel debidamente proporcional al objeto del contrato y proceda a la preceptiva publicación, señalando un nuevo plazo de presentación de ofertas.

No se acuerda, en cambio, la nulidad de todo el Pliego, como pretende con carácter principal la recurrente, dado que la invalidez de una de las cláusulas no conlleva la de la totalidad de aquél (artículo 65.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, en parte, el recurso interpuesto por D. M.A.F.R., en representación de "INNOVA DATA CENTER, S.L.", contra el pliego de condiciones administrativas generales para la contratación, por parte del Instituto de Crédito Oficial, y mediante procedimiento abierto, de los servicios de supervisión documental del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los contratos de financiación de diversas líneas de mediación de 2009, 2010 y 2011, y anular la cláusula 6.5.1 del mismo, debiendo modificarse ésta con arreglo a lo señalado en el Fundamento de Derecho noveno de esta resolución y publicarse dicha modificación otorgando el oportuno plazo para presentación de ofertas.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal el 17 de enero de 2013.

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 47.5 del TRLCSP.

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.