



Recurso nº 318/2012 C.A. Extremadura 27/2012

Resolución nº 017/2013

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

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.T.G., en representación de la entidad MECANIZACION TENA, S.L., contra su exclusión como licitador del procedimiento para la adjudicación del contrato convocado por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura "*Acuerdo Marco del Suministro de Mobiliario de Oficina para la Junta de Extremadura y sus Organismos Autónomos*" (Expte. A,-03/12), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura se convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de septiembre de 2012, en el Boletín Oficial de Extremadura el 28 de septiembre de 2012 y en el Boletín Oficial del Estado el 3 de octubre de 2012, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato "*Acuerdo Marco del Suministro de Mobiliario de Oficina para la Junta de Extremadura y sus Organismos Autónomos*", con un valor estimado de 3.556.051,42 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el Real Decreto 814/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Tras el examen de la documentación aportada por los licitadores, el 5 de Noviembre de 2012, la mesa de contratación estimó que la documentación contenida en

el sobre nº 1 remitida por la recurrente adolecía de determinados defectos subsanables, otorgando plazo para la subsanación hasta las 14 horas del día 8 de noviembre de 2012. Concretamente se le requería para:

“Acreditar adecuadamente la solvencia técnica, presentando los certificados expedidos por las empresas u organismos públicos, tal y como se indica en el punto G del Anexo I del P.C.A.P.”

La mesa de contratación analizó la documentación presentada por los licitadores para subsanar los defectos observados el día 9 de noviembre de 2012, y, constatando que la recurrente no había realizado la subsanación indicada, acordó excluirla del procedimiento de licitación.

La mesa de contratación confirmó esta decisión en su reunión de 22 de noviembre de 2012, después de analizar las alegaciones de la recurrente, expresadas verbalmente en su reunión de 16 de noviembre de 2012, en las que dijo no estar de acuerdo con la exclusión, al considerar que el documento presentado para acreditar la solvencia técnica, esto es, la declaración de contratos de naturaleza análoga realizados en los últimos 3 años, resultaba acorde con lo exigido en el PCAP.

Con fecha de 11 de diciembre de 2012, la mesa de contratación notificó a la recurrente su decisión de excluirla del procedimiento de licitación:

“Por no acreditar adecuadamente la solvencia técnica, debiendo aportar los certificados expedidos por las empresas u organismos públicos tal y como se indica en el punto G del Anexo I del P.C.A.P., dentro del plazo establecido para ello.”

Cuarto. Contra el citado acuerdo la entidad MECANIZACION TENA, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación. La interposición del recurso fue anunciada al órgano de contratación el 13 de diciembre de 2012, teniendo entrada el recurso en el registro del Tribunal el 18 de diciembre de 2012. En su escrito solicita que se declare nula la exclusión de MECANIZACION TENA, S.L., y pueda la empresa recurrente continuar en el procedimiento de adjudicación.

El 19 de diciembre de 2012 se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 19 de diciembre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniese, sin que aquéllos hayan evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura el 16 de julio de 2012 y publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. La empresa MECANIZACION TENA, S.L. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El objeto del recurso es la exclusión de la recurrente previa a la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. El apartado 4.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que la solvencia técnica o profesional de los licitadores se acreditará de conformidad con lo que disponga el cuadro resumen de entre los medios establecidos en el art. 77 del TRLCSP.

En el apartado G del cuadro resumen se establece expresamente como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional lo siguiente:

"Relación de los suministros análogos efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano

competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste. En cualquier caso, la suma de tales suministros deberá superar entre los últimos tres años 75.000 € en mobiliario de oficina”

El reproche que se hace por la recurrente al acto recurrido consiste en que la mesa de contratación, al excluirla del procedimiento por no haber acreditado la solvencia técnica o profesional mediante certificados expedidos por las empresas u organismos públicos, ha efectuado una defectuosa interpretación del citado apartado G del cuadro resumen, interpretación que *“lejos de ser sistemática e integradora con lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el artículo 77 del TRLCSP, es absolutamente rigurosa y contra legem”*

A juicio de la recurrente:

“La empresa licitadora, tal y como consta en la documentación aportada en el sobre A del procedimiento de licitación, acreditaba la solvencia técnica y profesional requerida por la presente licitación mediante una declaración responsable del Administrador único de la citada Sociedad, comprensivo de la relación de suministros análogos efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. La suma de tales suministros aisladamente considerados, esto es, tanto los efectuados a entidades del sector público, como los efectuados a compradores privados, superaba el umbral de los 75.000 € en los últimos tres años, tal y como exigía el PCAP.

Y precisamente por ello, la empresa licitadora entendió que, mediante la citada declaración responsable y computando tan sólo los suministros análogos efectuados a compradores privados, acreditaba el requisito de solvencia técnica y profesional exigido en el PCAP, y de ahí la innecesariedad de aportar documentación complementaria, puesto que dicho documento es un medio de acreditación contemplado en el propio PCAP -cláusula 4.1.2-, y por remisión en el artículo 77 del TRLCSP”.

Según señala:

“Como puede observarse el apartado G del cuadro resumen, pese a la remisión al artículo 77 del TRLCSP, no contempla la posibilidad de acreditar los suministros

efectuados a compradores privados mediante la declaración responsable del licitador, sin que, sin embargo, dicha omisión sea causa suficiente para cercenar un derecho que tiene el licitador, que viene recogido en el TRLCSP, y que es consecuencia de la transposición de lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”.

Asimismo indica que:

“La Directiva lo que hace a la hora de definir el medio de acreditación del citado requisito de capacidad, no es sino contemplar la posibilidad de que por las propias vicisitudes del mercado y del tráfico jurídico, el licitador pueda suplir el certificado del comprador cuya obtención no depende de él, y no siempre será posible (piénsese en el cierre, extinción de la personalidad jurídica, fusiones, absorciones, etc.), con una mera declaración responsable. Y en una adecuada transposición, el artículo 77 del TRLCSP viene a contemplar en idénticos términos dicha posibilidad, que se convierte en un derecho o prerrogativa del licitador, al objeto de facilitar la acreditación del requisito y favorecer la concurrencia en la licitación, garantizándose así los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”.

Y finaliza diciendo que:

“En este caso, el apartado G del cuadro resumen hay que interpretarlo de acuerdo con la legislación nacional y comunitaria, puesto que, si dicha cláusula fuera contraria a la citada normativa sería nula de pleno derecho, y la interpretación efectuada por la Mesa de Contratación en su sesión de fecha 22 de noviembre, es una interpretación literal y formalista, incongruente con lo dispuesto en el propio PCAP -cláusula 4.1.2- y por remisión, en el artículo 77 del TRLCSP, restrictiva y, por ende, contraria al principio de concurrencia”.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe de 17 de diciembre de 2012, señala lo siguiente:

“En la proposición presentada por MECANIZACIÓN TENA, S.L, para acreditar la solvencia técnica figura una mera declaración de contratos de naturaleza análoga realizados en los últimos 3 años, conteniendo una enumeración de suministros efectuados, respecto a los cuales se indican el nombre, el destinatario, el precio y la fecha, sin aportar ni un solo certificado ya sea de entidad del sector público o de comprador privado.

Por consiguiente, dado que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen ley del contrato y vinculan, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, ello implica que éstos deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, presentar los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional de la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas, o en caso de discrepar sobre el contenido de aquéllos impugnarlos; acción que no ejerció la empresa ahora recurrente, lo que conllevó la asunción de las condiciones de la licitación.

Por su parte, la mesa de contratación se limitó a aplicar los criterios de solvencia y la forma de acreditarlos contemplados en los pliegos; los cuales también le vinculan, sin que tenga capacidad alguna para separarse de la redacción contemplada en aquellos. Debe rechazarse de esta forma la afirmación contenida en el recurso de que la mesa de contratación realizó una defectuosa interpretación del apartado "G" del cuadro resumen”.

Y continúa indicando que:

“La exigencia de que la acreditación de la solvencia técnica se efectúe mediante la presentación de certificados expedidos por los compradores privados en lugar de por una simple declaración responsable del licitador confiere un mayor grado de veracidad a tal medio de acreditación, por lo que debe ser razonable comprender que la administración se decante por establecer tal medio como el adecuado para comprobar la solvencia requerida.

A esto hay que añadir la propia redacción del artículo 77 del TRLCSP, que no contempla dos alternativas equivalentes, bien la presentación de certificados expedidos por compradores privados, bien la declaración responsable del licitador, sino que establece la

regla general de presentar aquéllos, y sólo a falta de dichos certificados, sería admisible la declaración responsable.

Como la propia recurrente reconoce, la declaración del licitador sufre a los certificados cuando no sea posible su obtención por las vicisitudes del mercado y del tráfico jurídico, pero ello no significa que los licitadores estén eximidos "prima facie" de la necesidad de aportar tales certificados. Admitir lo contrario haría innecesaria en términos prácticos la exigencia de tales certificados.

En el caso que nos ocupa, no parece que concurran vicisitudes que pudieran haber impedido u obstaculizado a la recurrente a obtener tales certificados, habida cuenta del amplio plazo de presentación de proposiciones y dada la ausencia de invocación alguna, en este sentido, ni en el momento del trámite de subsanaciones, ni en el propio escrito de interposición del recurso, sino que, más bien, parece que nos encontramos ante una cierta relajación del interés y la diligencia que debería ser exigible a los participantes en un procedimiento de concurrencia competitiva, tal y como se caracterizan las licitaciones públicas. Máxime cuando el reducido importe exigido para acreditar la solvencia técnica (75.000 euros) podría haberse alcanzado por parte de la recurrente con la aportación de un sólo certificado, atendiendo a lo declarado por ella misma en su relación de suministros presentada."

Quinto. La cuestión de fondo en este recurso consiste en el examen de la regularidad de la actuación de la mesa de contratación al excluir a la sociedad recurrente por entender que aquélla no ha acreditado adecuadamente su solvencia técnica o profesional en relación con el objeto del contrato.

En el apartado G del cuadro resumen del PCAP se establece expresamente como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional una "*relación de los suministros análogos efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste*".

En la proposición presentada por la recurrente figura para acreditar la solvencia técnica o profesional una declaración responsable del Administrador único de la citada sociedad, comprensiva de la relación de suministros análogos efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Es necesario determinar si esa declaración del licitador es suficiente para acreditar su solvencia técnica o profesional. A este respecto, la redacción del apartado G del cuadro resumen antes transcrito deja claro que la acreditación de la citada solvencia requiere, no sólo la aportación de una relación de los suministros efectuados relacionados con el objeto del contrato, sino además su acreditación, lo cual no puede producirse mediante la aportación de una simple declaración firmada por el propio licitador.

En efecto, la acreditación de los suministros efectuados como fundamentación de la solvencia exige que la declaración sobre la realidad de los mismos proceda de una persona distinta al licitador. Es decir, que esa declaración goce de una mínima condición de credibilidad basada en la condición de tercero de quien la realiza respecto de los beneficios derivados de ella.

Así lo ha declarado este Tribunal, entre otras, en la resolución 142/2011, dictada en el recurso 107/2011, en la que se dice:

“La no exigencia de que la acreditación sea fehaciente en este último caso no implica sino que, para su acreditación, no se exige ninguno de los documentos a los que la Ley atribuye el efecto de hacer fe, es decir los notariales, administrativos o judiciales que reúnan determinados requisitos, pero tampoco que deba admitirse una simple declaración de parte a la que, como tal, no es posible dar el mismo crédito que a los documentos emitidos por terceras personas a quienes cabe atribuir un adecuado nivel de veracidad, y que, en su caso, podrían resultar admisibles. En resumen, acreditar siempre implica que el medio a través del cual pretende hacerse tenga un nivel de credibilidad aceptable, aún cuando la Ley, por las circunstancias intrínsecas del documento, no le atribuya la condición de documento fehaciente”.

Sexto. Los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

Esta es una tesis mantenida de manera constante por nuestra Jurisprudencia, pudiendo citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 19 de marzo de 2001 que señala:

"Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".

En cuanto a la Administración, la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, por lo tanto, deberá efectuar la valoración de la solvencia técnica o profesional de los licitadores conforme a los criterios recogidos en aquéllos.

Respecto de los licitadores, determina que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos. Así, el artículo 145 TRLCSP señala que:

"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".

En el presente caso, con arreglo a lo dispuesto en el apartado G del cuadro resumen, los licitadores estaban obligados a acreditar los suministros efectuados mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario fuese una entidad del sector público o cuando el destinatario fuese un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste.

Este Tribunal, en su resolución 175/2011 de 29 de junio, recurso 131/2011, ha señalado que la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores. El cumplimiento de tales requisitos formales es, pues, una garantía de los licitadores que debe ser exigida por igual a todos ellos, sin que pueda ser obviada por el conocimiento extraprocedimental que el órgano –o la mesa- de contratación ostente sobre la solvencia del licitador.

La recurrente no acreditó, conforme a lo previsto en los pliegos, su solvencia técnica o profesional y no subsanó la deficiencia observada por la mesa de contratación en la documentación presentada. La ausencia de esa subsanación sólo puede ser imputable a la entidad recurrente, habida cuenta de que se trata de una actuación que redundaba en su interés. En consecuencia, la exclusión acordada por la mesa de contratación resulta congruente con lo dispuesto en los pliegos reguladores de la licitación.

Cuestión distinta a la planteada es que la recurrente considere que el apartado G del cuadro resumen no se acomoda a lo dispuesto en el artículo 77 TRLCSP, pues no contempla la posibilidad prevista en dicho precepto de acreditar los suministros efectuados a compradores privados, a falta de certificado, mediante la declaración responsable del licitador. En ese caso debió formular recurso contra los pliegos en su momento, no procediendo que este Tribunal entre en el examen de dicha cuestión dada la ausencia de impugnación de los pliegos en tiempo y forma, en cuanto que aquéllos, tal y como se ha señalado anteriormente, constituyen la ley del contrato, y, por tanto, han de respetarse los criterios fijados en los mismos, si, como es el caso del presente procedimiento, fueron libremente aceptados por los licitadores que no los impugnaron y no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

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. F.T.G., en representación de la entidad MECANIZACION TENA, S.L., contra su exclusión como licitador del procedimiento para la adjudicación del contrato convocado por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura *"Acuerdo Marco del Suministro de Mobiliario de Oficina para la Junta de Extremadura y sus Organismos"*.

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