



Recurso nº 058/2014

Resolución nº 170/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de febrero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.L.M., en nombre y representación de la empresa HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A. (en adelante, ESTÉLLEZ), contra el criterio mantenido por el Órgano de contratación en el procedimiento de licitación correspondiente al Acuerdo Marco para el servicio de operador logístico para las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa (expediente núm. 6.00.01.13.0008.00), respecto a la posibilidad de acumular los requisitos en materia de seguridad de la información en caso de empresas concurrentes en UTE a la licitación, el Tribunal, en sesión el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 5 de noviembre de 2013 (precedido por el correspondiente anuncio de información previa del expediente realizado con fecha 22 de abril de 2013) en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de noviembre de 2013 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 31 de octubre de 2013, licitación para adjudicar, por procedimiento abierto, el contrato arriba referido, con un valor estimado de 137.200.000 euros, fijándose inicialmente como fecha límite para la presentación de ofertas el día 10 de diciembre de 2013, a las 12 horas.

Segundo. Con fecha 2 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado un listado con respuestas a algunas de las preguntas formuladas por los interesados en la licitación.

Entre dichas respuestas cabe mencionar la siguiente, contestando a cierta pregunta acerca de la necesidad, en caso de concurrencia de varias empresas en UTE, de que cada uno de los requisitos contenidos en las Cláusulas 15, 16 y 17 del PCAP fueran cumplidos por cada uno de los miembros de la futura UTE, o admisibilidad de la acumulación de dichos requisitos, bastando con que uno de los miembros de la futura UTE los cumpliera.

La respuesta que se ofrece es la siguiente: *“Para los requisitos de la Cláusula 15 [referida a los requisitos de solvencia económica y técnica o profesional], se permite la acumulación de solvencias y clasificaciones. Para las habilitaciones de seguridad en la información relacionadas en las Cláusula 16 y 17, todos los integrantes de la UTE deben tener las habilitaciones de seguridad exigidas que, como se cita en la cláusula 40 del PCAP, deben entregarse obligatoriamente en el momento de la formalización del contrato”*.

Tercero. Contra los pliegos rectores del procedimiento -o, más exactamente, contra determinadas modificaciones de los pliegos referentes a las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP, que fueron publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado-, así como contra la interpretación efectuada por el Órgano de contratación de la exigencia de los requisitos de solvencia en los casos de empresas concurrentes en UTE contenida en la respuesta a las preguntas de los interesados publicada en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 2 de diciembre, ESTÉLLEZ interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mediante escrito presentado el día 9 de diciembre de 2013, previo anuncio ante el Órgano de contratación.

Dicho recurso ha sido resuelto por Resolución de este Tribunal núm. 160 de 28 de febrero de 2014.

Cuarto. Con fecha 11 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” aclarando (entre otros aspectos) que, en caso de UTE, todas las empresas integrantes de la misma deben tener los certificados ISO indicados en los pliegos (introduciendo, así, una excepción a lo señalado en la respuesta a las preguntas de los licitadores, en que se afirmaba la posibilidad de acumular, con carácter general, los requisitos exigidos en la Cláusula 15, entre los que se incluyen los certificados ISO).

Quinto. Con fecha 13 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” efectuando determinadas aclaraciones en relación con determinada cláusula del PCAP, y anunciando la ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el día 17 de enero de 2014 y la fijación de la fecha del acto público de apertura de ofertas para el día 29 de enero de 2014.

Sexto. Con fecha 17 de enero de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota aclaratoria e informativa”, aclarando algunas de las respuestas dadas a las preguntas de los interesados en la licitación, informando acerca de la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado de un texto consolidado del PCAP que incorporaría las modificaciones efectuadas, y anunciando una nueva ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el día 6 de febrero de 2014, fijando la fecha del acto público de apertura de ofertas el día 26 de febrero de 2014.

A los efectos que interesan al presente recurso procede destacar las “aclaraciones” a las respuestas a las preguntas nº 36 y 42, relativas a la posibilidad de acumular, entre las empresas integrantes de una UTE, los certificados de calidad, y a la “Nota informativa” relativa a dicha cuestión, publicada el día 11 de diciembre de 2013, introduciendo un nuevo criterio respecto a este particular consistente en admitir la acumulación de los certificados, en los términos descritos.

Séptimo. Con fecha 27 de enero de 2014, ESTÉLLEZ ha presentado, previo anuncio ante el Órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación, solicitando lo siguiente:

- a) *Se compruebe que el mantenimiento del criterio de tener que acreditar todos los miembros de la UTE los requisitos de solvencia técnica en materia de seguridad en la información no supone un acto o resolución que otorga de forma indirecta, ventajas al actual adjudicatario y, en caso afirmativo, se proceda a considerar la nulidad de los PCAP y la invalidez de los mismos.*
- b) *Subsidiariamente, de no apreciarse la causa de nulidad, se requiera la aplicación analógica del criterio ya aceptado por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa para acreditar los requisitos de solvencia técnica en materia de calidad a los*

requisitos de solvencia técnica en materia de seguridad en la información de conformidad con lo expresado en el Fundamento de Derecho Primero.

Octavo. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del Órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe emitido con fecha 31 de enero de 2014 por el Secretario de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas participantes en la licitación en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo formulado alegaciones la empresa BEYOND SOLUCIONES Y SERVICIOS S.L. solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para resolver el recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. ESTÉLLEZ se encuentra legitimada para interponer el presente recurso, pues su objeto social está relacionado con el objeto del contrato, pudiendo en consecuencia tomar parte en la licitación del mismo, y ostentando, por tanto, interés legítimo tanto en la impugnación de los pliegos rectores del contrato, como en la impugnación de las actuaciones del procedimiento de licitación anteriores a la presentación de su proposición - no sólo de las posteriores-.

Tercero. Según resulta del escrito de interposición del recurso, constituye objeto del mismo el criterio mantenido por el Órgano de contratación acerca de la interpretación de la exigencia de los requisitos de seguridad en la información a que se refieren las Cláusulas 16 y 17 del PCAP en el caso de empresas concurrentes en UTE.

Debe señalarse que los pliegos rectores del procedimiento, concretamente el PCAP -que dedica la Cláusula 15 a los requisitos de solvencia, y las Cláusulas 16 y 17 a los requisitos de seguridad en la información- no contienen referencia alguna a la exigencia de unos u otros requisitos en el caso de empresas concurrentes en UTE a la licitación.

No obstante lo anterior, en la Plataforma de Contratación del Estado, con fecha 2 de diciembre de 2013, se publicó, como respuesta a determinada pregunta formulada al Órgano de contratación, el criterio de dicho Órgano al respecto, indicando, en relación con la posesión de las habilitaciones de seguridad exigidas en las Cláusulas 16 y 17, que todos los integrantes de la UTE deben contar con dichas habilitaciones.

Y precisamente el mantenimiento de dicho criterio en relación con las habilitaciones de seguridad constituye el objeto de impugnación por la empresa recurrente, como resulta del “solicito” del recurso, por cuanto: i) considera, ante todo, la empresa recurrente que dicho criterio implicaría otorgar ventajas al actual adjudicatario, por lo que resultaría nulo; ii) subsidiariamente, considera que debería aplicarse analógicamente el criterio ya aceptado por el Órgano de contratación para acreditar los requisitos de solvencia técnica en materia de certificados de calidad (como se ha señalado, en la Nota publicada en la Plataforma de Contratación del Estado de 17 de enero de 2014 se afirma que sí se pueden acumular los certificados de calidad, en caso de empresas concurrentes en UTE, en los casos y en los términos que se describen).

Pues bien, del análisis del objeto del recurso se extrae que el mismo, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 40.2 del TRLCSP, que determina con carácter general los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, no se dirige contra acto impugnado, y ello a pesar de que nos encontremos ante un procedimiento para la contratación de un Acuerdo Marco para la prestación de un servicio cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 137.200.000 euros, siendo superior, por tanto, al umbral establecido para determinar la condición de sujeto a regulación armonizada -414.000 euros, según el artículo 5 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante, LCSPDS), y en consecuencia, el contrato a que se refiere la actuación impugnada sí entra dentro del ámbito material de la competencia de este Tribunal (artículo 59 de la LCSPDS en relación con los artículos 40.1.a) del TRLCSP).

En particular ha de advertirse que lo que la entidad recurrente impugna no es una cláusula determinada de los pliegos rectores del procedimiento de contratación -cuya impugnabilidad se encuentra expresamente prevista en el artículo 40.2.a) del TRLCSP-, sino que lo que se impugna -pretendiendo, tal como señala la empresa BEYOND SOLUCIONES Y SERVICIOS, S.L. en su escrito de alegaciones, que este Tribunal siente un criterio interpretativo *ex ante* acerca de cómo deben entenderse cumplidos los requisitos en materia de seguridad en la información- es el criterio mantenido por el Órgano de contratación sobre la interpretación de determinadas cláusulas de los pliegos, y manifestado a través de la respuesta publicada a una pregunta formulada por un interesado en la licitación, lo que no constituye un acto susceptible de recurso. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de recurrir los concretos acuerdos que se adopten en el seno del procedimiento de licitación, como consecuencia de la aplicación del criterio interpretativo manifestado en la respuesta publicada en la Plataforma de Contratación el Estado y que es rebatido en el presente recurso por la entidad recurrente. Así, en el supuesto examinado, si se diera el caso de que la entidad ahora recurrente -o cualquier otra- concurre en UTE al procedimiento de licitación, y resulta excluida del mismo con motivo de que solo una de las empresas miembros de la UTE reúne las habilitaciones de seguridad exigidas, podrá impugnar el acto de exclusión con base en lo que considere una inadecuada aplicación de las Cláusula 16 y/o 17 del PCAP.

Cuarto. A mayor abundamiento, cabe apreciar extemporaneidad en la interposición del recurso, por cuanto el mismo se habría presentado una vez transcurrido el plazo de quince días legalmente establecido (artículo 44 del TRLCSP), plazo que debería computar -teniendo en cuenta que el recurso se dirige contra la interpretación del pliego efectuada por el Órgano de contratación a través de la respuesta a una pregunta formulada por los licitadores publicada en la Plataforma de Contratación del Estado- desde la fecha de publicación de la respuesta en la Plataforma, que tuvo lugar el día 2 de diciembre de 2013.

En este sentido, no podemos considerar que la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, con fecha 17 de enero de 2014, de una Nota referida a la interpretación de otra cláusula distinta de los pliegos (cláusula 15 del PCAP), referida a los certificados de calidad, permita abrir un nuevo plazo para impugnar el criterio formulado en relación con las habilitaciones de seguridad, por más que se pretenda la extensión analógica del criterio

seguido respecto de los certificados de calidad, y plasmado en dicha Nota, a las habilitaciones de seguridad.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por la empres HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A., por las razones expuestas en el Fundamento Tercero.

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 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.