



Recurso nº 130/2014 C.A. Cantabria 005/2014

Resolución nº 266/2014

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. T. Z. R., actuando en nombre y representación de TEODORO ZURITA, S.L., contra la resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Piélagos (Cantabria), de 14 de enero de 2014, por la que se inadmite su oferta presentada a la licitación del contrato de servicios denominado "Servicios de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Piélagos (Cantabria), licitó el contrato de "Servicios de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos", por el procedimiento abierto, con valor estimado de 660.000 euros y duración incluidas las prórrogas de seis años.

Segundo. Aprobados los pliegos, en ellos se contenía la siguiente cláusula 10:

Solvencia Técnica:

Deberán presentar Certificados de plena conformidad, expedidos por la Administración Municipal de la realización de trabajos semejantes en al menos tres Ayuntamientos de población igual o superior a 10.000 habitantes por un mínimo de 48 meses sumando la totalidad de los contratos.

No consta que los pliegos fueran impugnados.

Tercero. Solicitaron participar en el proceso de selección cuatro licitadores, según relación incluida en el expediente, uno de los cuales es el recurrente. Por resolución de la Alcaldía de 14 de enero de 2014 se acordó *inadmitir a trámite la propuesta presentada por TEODORO ZURITA, S.L. a la licitación del contrato de Servicios denominado "Servicio de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos" por no acreditar la solvencia técnica en los términos establecidos en el PCAP.* La causa de justificación de tal inadmisión era: *Que la documentación presentada por TEODORO ZURITA, S.L. acreditativa de la solvencia técnica se refiere a servicios prestados en municipios con población inferior a 10.000 habitantes, según comprobación realizada por la Mesa de Contratación de las cifras oficiales de población del Instituto Nacional de Estadística.*

Cuarto. Disconforme con dicha resolución de exclusión, TEODORO ZURITA, S.L. formuló recurso especial en materia de contratación, presentado en el órgano de contratación en fecha 3 de febrero de 2014. En dicho recurso el recurrente se limita a señalar: *Que efectivamente no presenta solvencia técnica requerida en el pliego de condiciones, porque aunque si los ha prestado en Ayuntamientos como Castro Urdiales, Santa Cruz de Bezana y Torrelavega, en los últimos tres años no presta servicios de colaboración en Ayuntamientos con población superior a los 10.000 habitantes.*

La Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a emprendedores, en su art. 45 dice textualmente:

"1.-En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integradas del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2.- Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado con cualquier Administración."

En el caso que nos ocupa la resolución dictada por el Sr Alcalde está claramente en contra de lo que dispone la Ley 14/2013 de 27 de septiembre en su art. 45 art., que una vez leído, quizá pudiera incurrir en algún acto doloso.

Quinto. Junto con el expediente, el órgano de contratación ha remitido el oportuno informe, en el que expone, en esencia:

- a) Que el recurrente no recurrió los pliegos.
- b) Que existen numerosas empresas que cumplen dicho requisito y, por tanto, no se da ventaja a ninguna de ellas, afirmando que, de hecho, las tres empresas licitadoras restantes cumplen con el requisito.
- c) Que dicha exigencia constituye una exigencia mínima de solvencia, en función de la dimensión del municipio que alcanza 23.000 habitantes.

Sexto. Dado el oportuno traslado por el Tribunal del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras en fecha 5 de marzo de 2014, la licitadora SERVICIOS DE COLABORACIÓN INTEGRAL, S.L. presentó escrito de alegaciones en el que exponía, de forma resumida lo siguiente:

- a) La mercantil TEODORO ZURITA, S.L. no recurrió los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigieron la licitación.
- b) El recurrente se limita a citar los preceptos infringidos sin efectuar ninguna valoración ni argumentar los motivos que conducen a estimar la infracción de éstos, con cita de la resolución del Tribunal recaída en recurso nº 696/13.
- c) El artículo 45 de la Ley 14/2013 va precedido de un título que revela su alcance: "Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública", y que no existen cláusulas que favorezcan al actual adjudicatario.
- d) El contenido del artículo 45 de la Ley 14/2013 es compatible con la exigencia de experiencia en los servicios prestados a la Administración como criterio de solvencia,

cuando ello resulte necesario y proporcionado. La forma y requisitos en los que el pliego exige la solvencia resulta proporcionada y ajustada al artículo 78 del TRLCSP.

Séptimo. Por resolución de 12 de marzo de 2014 el Tribunal acordó adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, este Tribunal tiene competencia para resolver el recurso.

Quinto. El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación que constituye acto recurrible de acuerdo con el artículo 40.2 del TRLCSP.

Sexto. Tal y como indican el órgano de contratación y la empresa también licitadora, SERVICIOS DE COLABORACIÓN INTEGRAL, S.L., el recurrente no impugnó en tiempo y forma los pliegos de la contratación. Sin embargo, continúan exponiendo, pretende, con ocasión de la revisión de un acto del procedimiento, el de exclusión, hacer valer motivos de ilegalidad de aquéllos, lo cual, concluyen que no es posible.

En efecto, constituye el principio general que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, y siguiendo los mandatos del TRLCSP, los pliegos de la contratación constituyen la ley del contrato, y si no han sido impugnados, obligan por igual a todos los licitadores. Tal criterio general tiene, sin embargo, un límite en la existencia de cláusulas nulas de pleno derecho directamente enlazadas con el acto objeto de recurso, pues el Tribunal no puede aplicar las mismas.

En efecto, conviene recordar en este punto que el Tribunal viene entendiendo que *“los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según 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”* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), *“con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto”* (Resolución 502/2013, de 14 de noviembre), *siendo así que, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, “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 mismo sentido, Resoluciones 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, ó 172/11, de 29 de junio, entre otras muchas).

Pues bien, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no solo introduce de forma autónoma el artículo 45 -ya transcrito- en el régimen de contratación del sector público, sino que, además, el artículo 44 introduce una modificación expresa del artículo 32 del TRLCSP en los siguientes términos: *Tres. Se añade una nueva letra d) al artículo 32 de la siguiente forma:*

«d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.»

El artículo 32 del TRLCSP, como es sabido, contiene los supuestos de nulidad de pleno derecho, razón por la cual el Tribunal tiene que pronunciarse, en primer lugar, sobre si

concorre vicio de nulidad radical en los pliegos por otorgar éstos *de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración*. Esto es, por vulneración del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

La primera apreciación sobre el alcance que debe realizarse en relación a dicho precepto es que, contrariamente a lo sostenido en las alegaciones de SERVICIOS DE COLABORACIÓN INTEGRAL, S.L., la finalidad del artículo 45 citado no es sólo evitar la posición de ventaja del licitador anterior en la prestación de los concretos servicios objeto del contrato, sino que el legislador busca con tal medida fomentar la apertura de la contratación del sector público a nuevos licitadores. Así se deduce, tanto del tenor literal de la norma (*empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración*), como del contexto normativo, al incluirse la nueva disposición, precisamente en la ley cuyo objeto es *apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización*.

Séptimo. El artículo 62 del TRLCSP dispone: *1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación . Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley .*

El artículo 78 del TRLCSP enumera los medios a los que puede acudir el órgano de contratación en los pliegos del contrato para que los licitadores acrediten la solvencia técnica, y, en lo que aquí interesa: *1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato , por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación :*

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los

servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Por ello, en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.

Ahora bien, esto será así en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en el sector público y en el sector privado, por ejemplo, servicios de limpieza de edificios, mantenimiento de instalaciones, jardinería, etc... Pero existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que puedan el sector privado desempeñar tal actividad. En estos casos la solvencia técnica acreditada por servicios previos habrán, necesariamente, ir referidos al sector público.

Tal es lo que ocurre en el presente supuesto, al consistir el objeto del contrato: "Servicios de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos", al ser dicha actividad propia del sector público, singularmente de las Administraciones públicas, y no del sector privado. De hecho, la clasificación del contrato CPV es 79940000-Servicios de agencias de recaudación de fondos y 75130000 servicios de apoyo a los poderes públicos.

Por esta razón, la exigencia en el presente contrato, como medio de acreditación de la solvencia técnica, de la previa contratación con las administraciones y no con el sector privado, no resulta una medida que otorgue, *de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración* y, por tanto, no existe infracción de la prohibición contenida en el repetido artículo 45 de la Ley 14/2013.

Octavo. La segunda perspectiva en la que puede entenderse el escueto recurso, ceñido en su argumentación a la cita de la norma, es considerar que los pliegos, al limitar el acceso a la contratación a quien haya *realizado trabajos semejantes en al menos tres Ayuntamientos de población igual o superior a 10.000 habitantes por un mínimo de 48 meses sumando la totalidad de los contratos*, está, en realidad, incluyendo una medida restrictiva a la concurrencia de los licitadores, pues como señaló el Tribunal en la resolución de 14 de marzo de 2014, recaída en recurso nº 53/2014 y acumulados, este tipo de exigencias, sin matización, puede producir el efecto de restringir la concurrencia. Ahora bien, esta circunstancia no constituiría vicio de nulidad de pleno derecho, razón por la cual el Tribunal no puede entrar a conocer de la misma, al no haber sido impugnados los pliegos, tal y como se señaló en fundamentos anteriores.

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. T. Z. R., actuando en nombre y representación de TEODORO ZURITA, S.L., contra la resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Piélagos (Cantabria), de 14 de enero de 2014, por la que se inadmite su oferta presentada a la licitación del contrato de servicios denominado "Servicios de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos", por entender dicha resolución ajustada a derecho.

Segundo. Alzar la suspensión acordada por este Tribunal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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