



Recurso nº 215/2014

Resolución nº 295/2014

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

En Madrid, a 4 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.A.D., como empresario individual, contra los contra los *“Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la adquisición de repuestos de vehículos IVECO-PEGASO”* (Expediente 2091113035100), promovido por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra del Ministerio de Defensa anunció la licitación pública, del Acuerdo Marco para la contratación para la adquisición de repuestos de vehículos IVECO-PEGASO (Expediente 2091113035100), a través del Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de febrero de 2014 y en del Boletín Oficial del Estado con fecha 4 de marzo de 2014, y con un presupuesto base de licitación de 7.500.000,00 euros.

Segundo. Contra los pliegos que han de regir la licitación del Acuerdo Marco del contrato en cuestión, el recurrente presentó escrito en el registro de este Tribunal solicitando la anulación del proceso de licitación dado que el criterio objetivo de adjudicación de fiabilidad del suministro al atribuir la máxima puntuación al fabricante de los vehículos supone un trato discriminatorio y además la exigencia de solvencia de acreditar el importe de suministros de los últimos cinco años es contrario al artículo 45 de la Ley 45/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores.

Tercero. El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

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 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS) en relación con el 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. El recurso se interpone contra los Pliegos que han de regir la contratación, tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), como el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT). Se trata de un acto recurrible al amparo del artículo 59 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 relación con los artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP. El recurrente ostenta legitimación para la interposición de este recurso pues, pese a que no ha llegado a presentar proposición alguna ni a ostentar, por tanto, la condición de licitador, este Tribunal, así como la jurisprudencia vigente en la materia, viene sosteniendo que los intereses o derechos legítimos que, de acuerdo con el art. 42 del TRLCSP *“puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* y legitiman activamente para recurrir, pueden incluir también excepcionalmente a quienes no hayan presentado oferta alguna al concurso convocado, cuando, como ocurre en el caso presente, la naturaleza de la actividad mercantil que se desarrolla, determina un relación directa con el objeto del contrato convocado, siendo evidente que las condiciones y los requisitos técnicos, profesionales y económicos exigidos para la participación en el concurso convocado, pueden afectar directamente al condicionar su posible participación en el citado concurso, por lo que debe reconocerse legitimación activa al recurrente en el presente recurso.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2. a) del TRLCSP.

Quinto. Respecto al fondo del asunto, el recurrente alega que el criterio objetivo de adjudicación de fiabilidad del suministro al atribuir la máxima puntuación al fabricante de los vehículos supone un trato discriminatorio y además la exigencia de solvencia de acreditar el importe de suministros de los últimos cinco años es contrario al artículo 45 de la Ley 45/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores.

El informe del órgano de contratación afirma que el recurso debe ser estimado en cuanto al primero de los motivos invocado pues resulta de aplicación el mismo criterio que este Tribunal sentó en la resolución 189/2014. Por otro lado afirma que el recurso debe ser desestimado en cuanto al segundo argumento relativo a la solvencia pues la exigencia de acreditar el importe de suministros de los últimos cinco años se ajusta a lo previsto en el artículo 77 del TRLCSP.

Respecto a la primera alegación, la cláusula 7. B del PCAP *“Fiabilidad del suministro”* otorga cincuenta puntos al licitador que justifique documentalmente ser fabricante con marca registrada de los vehículos objeto de apoyo, veinticinco si es concesionario oficial o taller oficial concertado con el fabricante, doce si es empresa mayorista del sector libre de recambios de vehículos y cero puntos para las demás. En todos estos supuestos señala que se valorará el potencial teórico de la empresa licitadora para atender el suministro sin riesgo a que se produzca una rotura de stock y no sea capaz de atender la petición.

El artículo 32.1 de la LCSPDS establece que: *“Para adjudicar los contratos, los órganos de contratación podrán tener en cuenta uno o varios criterios de adjudicación, de conformidad con lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Cuando la adjudicación deba hacerse en virtud de un solo criterio, éste deberá ser en todo caso el precio más bajo.*

Cuando la adjudicación deba hacerse en virtud de varios criterios, éstos deberán estar vinculados al objeto del contrato de que se trate, tales como: la calidad, el precio, el valor técnico, el carácter funcional, las características medioambientales, el coste de

utilización, los costes a lo largo del ciclo de vida, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución, la seguridad del abastecimiento, la interoperabilidad y las características operativas”.

Este Tribunal ha hecho suyas estas consideraciones, en la resolución que cita el órgano de contratación la 189/2014, y en la resolución 220/2012, de 3 de octubre, en la que señala: *“Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto”.*

Los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta y en el caso que nos ocupa, como reconoce el propio PCAP lo que se trata de valorar es la capacidad de la empresa para atender un pedido con un volumen importante de repuestos y no las características de la oferta para el mejor cumplimiento del suministros en tiempo y forma.

Por ello, tal y como reconoce el órgano de contratación, el motivo ha de ser estimado.

Sexto. Con relación a la solvencia entiende el recurrente que la exigencia de solvencia de acreditar el importe de suministros de los últimos cinco años es contrario al artículo 45 de la Ley 45/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores.

Existe una confusión al citar los textos legales que consideran de aplicación, ya que por un lado está la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su

internacionalización, y por otro la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

De hecho el artículo 77 del TRLCSP que cita el órgano de contratación en su apoyo, fue modificado por la Disposición final tercera, uno de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre. Ahora bien, la misma Disposición final tercera, pero en su número ocho, modifica la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que queda redactada de la siguiente manera: *«Disposición transitoria cuarta Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia. El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

La nueva redacción que la Ley de Impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público da a los artículos 75, 76, 77 y 78 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 79. bis de dicho texto refundido entrarán en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos.

No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.»

En estos supuestos, y a falta de especificación por el legislador, hay que entender que en tanto no se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley continúan vigentes los medios de acreditación de solvencia según la redacción preexistente, en este caso, del artículo 77 del TRLCSP, es decir en la redacción anterior a la Ley 25/2013 y por

tanto, la relación de los principales suministros efectuados ha de ser la de los tres últimos años y no los últimos cinco años.

Ahora bien, ha de tenerse en consideración que en este supuesto resulta de aplicación la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, cuyo artículo 15.1º prevé que la solvencia técnica y profesional del empresario podrá acreditarse por cualesquiera de los medios que enumeran los arts. 65 a 68 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (arts. 76 a 79 TRLCSP), con las especialidades que se indican en los apartados siguientes.

Y es precisamente el apartado 2º del artículo 15 el que alude a esta especialidad: *“2. En los contratos de suministro y de servicios podrá exigirse la relación de los principales suministros, servicios o trabajos efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros, servicios o trabajos 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 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 lo expuesto, el motivo ha de desestimarse ya que cabe exigir la relación de los principales suministros durante los cinco últimos años, no por aplicación del artículo 77 del TRLCSP sino por aplicación del artículo 15.2º de la LCSPDS.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L.A.D., como empresario individual, contra los contra los *“Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la adquisición de repuestos de*

vehículos IVECO-PEGASO” (Expediente 2091113035100), promovido por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de proceder a la modificación de la cláusula del Pliego relativa al criterio objetivo de adjudicación *“fiabilidad del suministro”*, de acuerdo con el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

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 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.