



**Recurso nº 874/2013**

**Resolución nº 039/2014**

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

En Madrid, a 17 de enero de 2014

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. M. B. G., en representación de la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD, contra los pliegos del procedimiento de licitación del *“Servicio para consultoría y asistencia para la elaboración y el control de la información relativa a la Subcontratación durante la ejecución de las obras en red convencional y de ancho métrico del ámbito de la Dirección de Mantenimiento y Explotación de la Dirección General de Explotación y Construcción, Expediente 2.13/27520.0106”*, convocado por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF, en lo sucesivo) convocó mediante anuncio publicado en su Plataforma de Contratación, de fecha 9 de noviembre de 2013, la licitación, por procedimiento abierto, del servicio de consultoría y asistencia para la elaboración y el control de la información relativa a la subcontratación durante la ejecución de las obras en red convencional y de ancho métrico del ámbito de la Dirección de Mantenimiento y Explotación de la Dirección General de Explotación y Construcción.

En cuanto al régimen jurídico del contrato licitado, calificado como de servicios (CPV: 713560008), se dispone en el Pliego de Condiciones Particulares que *“El contrato derivado del presente Pliego se rige, en cuanto a su preparación y adjudicación por la*

*Disposición Adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por las Instrucciones Internas en materia de contratación aprobadas por ADIF”.*

**Segundo.** Con fecha 27 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales escrito de recurso presentado por la “ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD”, solicitando la anulación de los Pliegos de Condiciones Particulares en cuanto a los requisitos de solvencia, económica, financiera y técnica o profesional, y como medida cautelar, la suspensión del proceso de licitación y adjudicación en tanto no se resuelva el presente recurso.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP, en lo sucesivo) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente y el informe correspondiente, habiendo sido recibidos en fecha 29 de noviembre de 2013.

**Tercero.** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas licitadoras para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

**Cuarto.** El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 19 de diciembre de 2013, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSPP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal Central de Recursos Contractuales, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 y en la Disposición Adicional Octava del TRLCSP.

A título explicativo, y toda vez que podría ser objeto de controversia la competencia de este Tribunal, procede traer a colación nuestra Resolución 281/2012, de 5 de diciembre, referida también a un contrato de servicios, y en la cual manifestamos lo siguiente:

*“En relación con la posible aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el caso presente debemos citar la Disposición Adicional octava del mismo, que se refiere a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y cuyo apartado 2 dice textualmente: “La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso, se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.”*

*Por tanto, en la medida en que Aena no es una administración pública, dada su condición de entidad pública empresarial (art. 3.2 in fine del Texto Refundido), y que el presente contrato afecta al sector de los transportes, cabe concluir que, en principio, la norma aplicable no sería la Ley de Contratos del Sector Público, sino la Ley 31/2007. Sin embargo, al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado se encuentra por debajo de los 400.000,- € que señala el artículo 16 a) de la mencionada Ley, resulta de aplicación lo indicado en el último inciso de la Disposición transcrita, en el sentido de que le son aplicables las normas del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector*

*Público, salvo aquéllas que estuvieran establecidas de forma exclusiva para los contratos de regulación armonizada.*

*Sentado lo anterior queda por determinar si, excluida la aplicación de la primera de las Leyes citadas y, por consiguiente, de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la misma, resulta posible aplicar las disposiciones de los artículos 40 a 49 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y tramitarlo como recurso especial en materia de contratación.*

*Se trata, pues, de aclarar si cuando la Disposición Adicional octava se refiere a que a los contratos realizados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas en los denominados Sectores Especiales cuya cuantía sea inferior a los 400.000,- €, quedarán sujetos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”, deben considerarse incluidos o no dentro de esta excepción también los artículos 40 a 49 del mismo. Debemos, en consecuencia, analizar si resulta comprendido dentro de ella el artículo 40.1 del Texto Refundido, pues el resto lo estarán o no, en función de lo que se concluya respecto de éste.*

*A tal respecto, debe tenerse en cuenta que la Disposición Adicional antes examinada considera que no son aplicables a los contratos en cuestión las normas establecidas “exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”. Es preciso, así pues, aclarar si el artículo 40.1 entra dentro de esta categoría de normas. El citado precepto dispone: “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y c) contratos de gestión de servicios públicos en los que*

*el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.*

*Una simple lectura del precepto pone de manifiesto que no se trata de una norma de aplicación exclusiva a los contratos sujetos a regulación armonizada puesto que se refiere, asimismo, a los de gestión de servicios públicos, que no lo son, y a los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido que, al igual que los anteriores, carecen de esta calificación. Así las cosas, resulta evidente que este precepto no es una norma establecida exclusivamente para los contratos de regulación armonizada y, en tal sentido, no debe considerarse afectado por la exclusión que, en cuanto a su aplicación a los contratos como el que se analiza, hace la Disposición Adicional octava tantas veces referida.*

*Como consecuencia de todo ello, deberíamos proclamar, inicialmente, la competencia del Tribunal para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos del procedimiento de adjudicación y de los pliegos y documentos contractuales en general que lo regulen, por aplicación conjunta del precepto comentado y del artículo 41.1 ambos del Texto Refundido.*

*Sin embargo, de admitir de forma incondicional la competencia del Tribunal nos encontraríamos ante la paradoja de que para este caso, dicha competencia no vendría determinada en función de que el valor estimado del contrato supere los umbrales previstos en la Ley, sino más exactamente de que se encuentre por debajo del establecido por el artículo 16 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Ello vendría a consagrar una clara excepción al principio general que inspira el ámbito objetivo del recurso, cual es el de que éste se admite sólo con respecto de los contratos que superen ciertos umbrales cuantitativos, admitiéndose respecto del que contemplamos y de los que se encontraran en sus mismas circunstancias cualquiera que sea el importe siempre que no superen los 400.000,- €.*

*Tal situación no resulta compatible con la configuración general del recurso y, en consecuencia, debe adaptarse de forma que no existan diferencias de trato entre uno y*

*otro tipo de contratos pues no hay un precepto legal que de forma clara y terminante la establezca. En tales circunstancias, debe considerarse de aplicación analógica el mismo límite previsto para admitir el recurso con respecto de los restantes contratos de la misma naturaleza. Ello nos lleva a entender que sólo aquellos contratos de servicios, en que se den las circunstancias del que constituye el objeto del presente recurso y cuyo valor estimado, además, supere el umbral establecido para los restantes contratos de servicios a efectos del recurso especial en materia de contratación, son susceptibles de éste.*

*Sentado lo anterior, el límite de la competencia de este Tribunal respecto de los indicados contratos estará establecido en los 200.000,- € que fija el artículo 16.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, consiguientemente, puesto que el valor estimado del presente contrato supera dicha cifra, debe entenderse que es susceptible de recurso especial en materia de contratación y que la competencia para conocer de él y para resolverlo corresponde a este Tribunal.”*

Aplicando la doctrina anteriormente expuesta procede afirmar que este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, toda vez que el valor estimado del contrato que nos ocupa asciende a 370.806 euros.

**Segundo.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

**Tercero.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40.2 a) del TRLCSP, el recurso se interpone frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, en concreto, contra los pliegos que han de regir en el procedimiento de contratación.

**Cuarto.** El recurso ha sido interpuesto por la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD, que debe considerarse como persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que establece que: *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.”*

En este sentido basta recordar la consolidada doctrina de este Tribunal en el que, interpretando el anterior artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público, pone de manifiesto la clara relación de ese precepto con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque el legislador haya sido deliberadamente menos concreto con la finalidad de cumplir de manera escrupulosa las exigencias de las Directivas comunitarias en materia de recursos. De esta forma, como se afirma en la resolución 88/2011: *“No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso.*

*Este y no otro es el criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992, como en la Ley 29/1998, de 13 de junio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008, expone lo siguiente:*

*“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 CE. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).*

*Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito*

*de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”*

**Quinto.** En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente invoca la nulidad de dos partes del Pliego de Condiciones Particulares, concretamente las dos relativas a la solvencia, por entender que las mismas impiden la libre concurrencia de empresas, y considerar por tanto que, a su juicio, una sola empresa es la que puede cumplir estas dos condiciones de la solvencia técnica, y por tanto la que “**ÚNICAMENTE podría presentarse a la licitación**”.

En apoyo de esta alegación exclusivamente adjunta un cuadro en el que aparecen cinco procedimientos de licitación recientemente convocados también por ADIF, y de cuya interpretación extrae la conclusión ahora expuesta: que solamente una empresa, española concretamente, puede concurrir al procedimiento de licitación ahora mismo en curso.

Realmente, no sería necesario ahondar más en esta alegación, para considerar que la misma debe ser desestimada, toda vez que semejante alegación no puede ser empleada como medio de prueba para concluir que sólo una empresa puede concurrir a esta licitación convocada por ADIF.

No obstante, procederemos a analizar la misma, debiendo conocer primero cuáles son las cláusulas del pliego impugnadas. En concreto, son los siguientes apartados de la cláusula G, relativa a la solvencia:

- En primer lugar, el referido a la experiencia de la mercantil que concurra al procedimiento de licitación, disponiéndose:

*“En todo caso, será imprescindible acreditar haber ejecutado un contrato del mismo objeto (Consultoría y Asistencia en materia de Control y Seguimiento de la Subcontratación en obras) y por un importe total que, como mínimo, ascienda a un 50% del presupuesto, IVA incluido, del presente pliego en los último cinco años”.*

- En segundo lugar, el referido al equipo humano y medios a disposición del contrato que serán aportados a la formalización del mismo, exigiéndose: *“Delegado del Consultor; deberá estar en posesión del título Graduado en Ingeniería con titulación equivalente a la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Industrial, Telecomunicaciones, etc. o Ingeniero Superior.*

*Tendrá una experiencia profesional de al menos diez (10) años y una experiencia probada de al menos cuatro (4) años en trabajos relacionados con la asistencia técnica en materia de control de la subcontratación en la construcción y/o explotación de infraestructuras ferroviarias. Deberá estar en posesión del título de técnico superior en prevención de riesgos laborales”.*

Con respecto a la solvencia, el artículo 78 del TRLCSP relaciona una pluralidad de medios, que bien de forma aislada o conjunta pueden ser requeridos por el órgano de contratación a fin de acreditar ésta, de modo que entre ellos se encuentra, entre otros, la experiencia, tanto de la empresa, a acreditar por medio de los principales servicios o trabajos realizados, como de la plantilla de la misma, que se acredita mediante las titulaciones académicas y profesionales del personal directivo, y en particular, del que sería responsable de la ejecución del contrato.

A *fortiori*, y con respecto también a la solvencia, son numerosos los informes de la Junta Consultiva de Contratación, en particular el Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), señala que:

*“La solvencia de las empresas se configura como un soporte fundamental del sistema de selección del candidato a la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y, en su aplicación, un importante beneficio para el órgano de contratación.*

*Así se determina en el artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que exige que sólo puede contratarse con personas que acrediten la capacidad y la solvencia para ejecutar la prestación, advirtiendo el artículo 20, en su letra l), que constituye una causa de prohibición de contratar la falta de solvencia de la empresa. En tal sentido, los artículos 16, sobre solvencia económica y financiera, de aplicación común a todos los contratos, y 17, 18 y 19 sobre solvencia técnica en los contratos de obras, de suministro y en los restantes contratos, respectivamente, expresan sobre qué medios podrá determinarse la exigencia de criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación; criterios que, evidentemente, han de cumplir cinco condiciones:*

- que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,*
- que sean criterios determinados,*
- que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,*
- que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate y*
- que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.*

*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que el único objetivo de los criterios de selección cualitativa fijados en las Directivas es definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su*

*capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados (sentencia de 2 de diciembre de 1999 en el asunto C-176/98, Holst Italia). Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados”.*

En relación concretamente con la experiencia como medio para acreditar la solvencia, el informe 51/05, de 19 de diciembre, también de la Junta Consultiva de Contratación, como conclusión expone:

*“Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la experiencia, de conformidad con las Directivas comunitarias y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, no de adjudicación sin que los elementos de la fórmula propuesta puedan considerarse discriminatorios, aunque, lógicamente, no puedan cumplirse por todos los potenciales licitadores”.*

Por virtud de lo expuesto, considera este Tribunal que las prescripciones exigidas por el pliego de contratación, en particular la experiencia como medio para acreditar la solvencia, son conformes a la normativa vigente en materia de contratación, siendo la forma, no sólo habitual, sino también correcta para asegurarse por el licitador que la empresa que resulte adjudicataria, está en condiciones de cumplir, satisfactoriamente, el contrato de que se trate.

En ningún caso se ha probado, además, por el recurrente, la alegación relativa al carácter discriminatorio de los medios exigidos para probar la solvencia por no permitir más que a una empresa concurrir, al ser una prueba insuficiente el listado de empresas y licitaciones presentado, toda vez que el licitador en todos ellos era ADIF y en el Pliego de Condiciones Particulares de forma clara y meridiana se expresa que los beneficiarios de los contratos que se aporten para acreditar la solvencia pueden ser tanto de carácter público como privado.

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 D. J. M. B. G., en representación de la ASOCIACIÓN ECSYS, EMPRESAS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD, contra los pliegos del procedimiento de licitación del “*Servicio para consultoría y asistencia para la elaboración y el control de la información relativa a la Subcontratación durante la ejecución de las obras en red convencional y de ancho métrico del ámbito de la Dirección de Mantenimiento y Explotación de la Dirección General de Explotación y Construcción, Expediente 2.13/27520.0106*”, convocado por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), por haber sido interpuesto frente a un contrato no susceptible del mismo, por ser ajustados a derecho.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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.