



Recurso nº 933/2013

Resolución nº 109/2014

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

En Madrid, a 14 de febrero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.B.C., en representación de la mercantil “CARLOS BERMEJO, S.L.”, contra el acuerdo de exclusión adoptado en los expedientes de contratación de suministro de materias primas para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios tramitados por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo con los núms. 45/2013, 46/2013, 47/2013, 48/2013, 49/2013, 50/2013, 51/2013, 52/2013, 53/2013, 54/2013, 55/2013, 56/2013, 57/2013 y 58/2013, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 7 de agosto de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por parte de la Gerencia del Organismo Autónomo “Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo”, mediante procedimiento abierto, de los contratos de suministros de materias primas para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios (expedientes 45/2013, 46/2013, 47/2013, 48/2013, 49/2013, 50/2013, 51/2013, 52/2013, 53/2013, 54/2013, 55/2013, 56/2013, 57/2013 y 58/2013).

Constan publicados igualmente los anuncios en el Boletín Oficial del Estado el 17 de agosto de 2013 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 2 de agosto del mismo año.

El valor estimado de los contratos referidos asciende a 4.736.285'51 € (expediente nº 45/2013), 7.231.473'31 € (expediente nº 46/2013), 1.136.050'74 € (expediente 47/2013), 2.664.984'01 € (expediente 48/2013), 2.393.167'18 € (expediente 49/2013), 7.143.710'18 € (expediente 50/2013), 8.483.007'42 € (expediente 51/2013), 2.371.887'33 € (expediente 52/2013), 1.624.728'99 € (expediente 53/2013), 5.779.146'02 € (expediente 54/2013),

5.697.278'06 € (expediente 55/2013), 5.796.056'21 € (expediente 56/2013), 7.091.714'72 € (expediente 57/2013) y 5.577.816'78 € (expediente 58/2013).

Segundo. Los cuadros de características de los pliegos de cláusulas de los expedientes citados disponen, en su apartado 7.2, referido a la solvencia técnica, lo siguiente:

<<Para acreditar la solvencia técnica se presentará junto con la documentación administrativa (sobre número 1) la especificada en el Anexo I de este pliego con los números: 47 ó 31 (empresas extranjeras pertenecientes a la UE), 62-63.

Los certificados de buena ejecución a los que se refiere el punto 25 del citado Anexo I, se cumplimentarán según el modelo que se adjunta a este Cuadro.>>

Por su parte, el número 47 del Anexo I del Pliego reza:

<<Relación de los principales suministros realizados en los últimos tres años (2010, 2011 y 2012), que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado de los mismos. los suministros se acreditarán mediante certificados de buena ejecución, según modelo que se ajusta en el PCAP (años 2010, 211 y 2012) expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante certificados de buena ejecución expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario (años 2010, 2011 y 2012). El importe de cada certificado por año y proveedor será igual o superior al 10% del valor estimado, quedando excluidos si presentan certificados cuya suma sea el resultado total de varios proveedores en un mismo año. En el supuesto de empresas que hayan mantenido durante los tres últimos años o parte de ellos, relación contractual con el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, cualquiera que fuera el importe, al menos un certificado de buena ejecución deberá ser expedido por el OATPFE, pudiendo ser desfavorable en el supuesto de haber ocurrido una incidencia muy grave o varias incidencias que se puedan considerar como graves a lo largo del contrato ya finalizado o próxima su terminación, previa confirmación por unanimidad de la Comisión de Seguimiento y según se establece en el Anexo VIII "Cuadro de Baremación de incidencias". Se adjunta modelo de Certificado de buena ejecución.>>

El Anexo VIII, por su parte, establece un elenco de incumplimientos por parte del contratista a los que clasifica en incidencias leves, graves y muy graves.

Tercero. Pese a tratarse de expedientes distintos (cada uno de ellos referido a los centros penitenciarios de una determinada área geográfica), todos ellos fueron tramitados conjunta y simultáneamente.

Cuarto. La compañía “CARLOS BERMEJO, S.L.” presentó ofertas a la totalidad de los expedientes. En la documentación aportada para justificar la solvencia, se incluía un certificado expedido por el Sr. Gerente del Organismo Autónomo Trabajo y Formación para el Empleo, en el que, entre otros particulares, se lee:

<<Los suministros correspondientes a los periodos de tiempo e importes anteriormente relacionados, se han efectuado de conformidad.

No obstante, durante la ejecución de los contratos que esta empresa mantiene con el Organismo en el presente año, se han producido incidencias de considerable gravedad, por lo que la Comisión de Seguimiento ha propuesto no conceder el certificado de buena ejecución durante este periodo.>>

Quinto. Los días 24 y 25 de septiembre de 2013 se reunió la Mesa de Contratación, acordándose la exclusión de la hoy recurrente por no disponer del certificado de buena ejecución expedido por el Organismo Autónomo.

Sexto. La exclusión fue puesta en conocimiento de la recurrente el 24 de septiembre de 2013 mediante un fax firmado por el Presidente de la Mesa del siguiente tenor:

<<Examinada la solicitud de participación en la licitación de los expedientes 2013/00043 al 2013/00058 que tienen por objeto el Suministro de materias primas para la alimentación de los internos en los Centros Penitenciarios y, según lo establecido en el punto 47 del Anexo I del PCAP, la Comisión de Seguimiento de Proveedores de Alimentación ha decidido no expedir Certificado de Buena Ejecución a la empresa CARLOS BERMEJO, S.L., por lo que la Mesa de Contratación resuelve excluir a la citada empresa de la licitación no procediendo a la apertura de la documentación administrativa.>>

No se incluía ninguna mención al régimen de los recursos procedentes.

Séptimo. El 25 de noviembre de 2013 se remite nuevo fax a la recurrente en el que se reitera la exclusión de sus ofertas en los siguientes términos:

<<En relación con los Exp. 2013/00043 al 2013/00058 “Suministro de materias primas con destino a la alimentación de los internos de los Centros Penitenciarios”, ponemos en su conocimiento que el órgano de contratación ha propuesto como adjudicatarios con fecha 19 de noviembre de 2013, a las empresas que se relacionan en el perfil del contratante: www.contrataciondelestado.es.

Le notifico que su empresa ha quedado EXCLUIDA al no disponer del certificado de buena ejecución de este Organismo, según se establece en el punto 47 del Anexo I del PCAP.>>

Tampoco en esta ocasión se hacía advertencia alguna del régimen de los recursos pertinentes.

Octavo. El 2 de diciembre tuvo entrada en el Registro de la Delegación Especial de la AEAT en Valencia escrito en el que “CARLOS BERMEJO, S.L.” anunciaba la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la exclusión.

En la misma fecha, y en idéntica forma, se presentó el escrito de interposición del recurso, así como otro en el que se interesaba, como medida provisional, la suspensión del procedimiento.

Noveno. El expediente, con el informe del órgano de contratación, fue recibido en este Tribunal el 12 de diciembre de 2013.

Décimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 13 de diciembre de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite “FAST EUROCAFE, S.A.” y “LEONESA DE PATATAS, S.L.”

Undécimo. Este Tribunal, en sesión de 19 de diciembre de 2013, acordó dejar sin efecto la suspensión el expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. En tanto que participe en los procedimientos de licitación y destinataria del acuerdo de exclusión dictado en ellos, la compañía “CARLOS BERMEJO, S.L.” se halla legitimada para interponer el recurso, con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1 a) TRLCSP, tanto el acuerdo de exclusión como la propia adjudicación son susceptibles de recurso especial a tenor del artículo 40, apartados 1 a), 2 b) y 2 c) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días a contar desde la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado (artículo 44.2 TRLCSP), habiéndose cumplido igualmente con el requisito del anuncio previo (artículo 44.1 TRLCSP).

Ciertamente, este Tribunal ha declarado que la posibilidad de impugnar el acto de exclusión con ocasión de la adjudicación del contrato está subordinada a que aquella no haya sido notificada con anterioridad (cfr., por todas, Resoluciones 274/2011, 52/2012 y 9/2013), con lo que pudiera pensarse que la interposición del recurso en el caso que nos concierne se habría verificado fuera del plazo establecido, al constar la previa notificación del acuerdo de exclusión (cfr.: antecedente de hecho sexto).

No es esto, empero, lo que acaece en el supuesto hoy sometido a nuestra consideración, toda vez que la notificación de la exclusión verificada el 24 de septiembre de 2013 incumplió las exigencias impuestas en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al omitir cualquier mención de los recursos procedentes contra ella y del lugar y plazo para interponerlo, reproches que, por cierto, también cabe hacer a la notificación de la adjudicación contra la que se alza la recurrente. En esta tesitura, tratándose de una notificación defectuosa, habrá de estarse al artículo 58.3 LRJPAC y, por lo tanto, considerar que es la fecha de la interposición del recurso la que debe tenerse como el momento en que surte efecto aquélla. Por mejor precisar, y dado que el recurso fue presentado en un registro administrativo distinto del de este Tribunal o del órgano de contratación (que es lo que requiere el artículo 44.3 TRLCSP), la eficacia quedaría demorada, en todo caso, al momento en que el recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, con lo que, obviamente, no cabe apreciar extemporaneidad.

No concurre, pues, ningún óbice que impida a este Tribunal conocer del fondo de la cuestión planteada.

Quinto. Se alza la recurrente frente a su exclusión de los procedimientos de licitación de los contratos de suministro de materias primas para el abastecimiento de internos en centros penitenciarios (expedientes 45-58 de 2013), por no haber aportado un certificado de buena ejecución expedido por el Organismo Autónomo, tal y como exigía, en aras a acreditar la solvencia técnica, el apartado 7.2 del Cuadro de Características en relación con el nº 47 del Anexo I del Pliego de Cláusulas.

Arguye “CARLOS BERMEJO, S.L.” al respecto que las incidencias reflejadas en el certificado aportado por ella eran desconocidas en el momento de solicitarlo, que fueron comunicadas precisamente con esa ocasión y que, en todo caso, tienen una importancia mínima y que no obstaron a la continuidad del suministro. Añade, asimismo, que no existe ninguna resolución firme al respecto.

Contesta el órgano de contratación señalando que las incidencias en la ejecución eran conocidas por la recurrente y que el Pliego -que no ha sido impugnado- prevé que el certificado pueda ser desfavorable en los casos de incumplimiento muy grave o de denegarse el certificado en los casos de incumplimiento grave o de existir varias incidencias graves.

Sexto. Delimitados los términos del debate, resulta necesario detenernos en el análisis del nº 47 del Anexo I de los Pliegos de cláusulas, al cual se remite el apartado 7.2 del Cuadro de Características. A este respecto, hemos de recordar que aquél, después de referirse a los certificados de buena ejecución como medio de justificar la solvencia técnica, impone que aquellos licitadores que hayan tenido una relación contractual previa con el Organismo Autónomo presenten, indefectiblemente, un certificado expedido por éste. En concreto, reza el citado nº 47 en lo que ahora interesa:

<<En el supuesto de empresas que hayan mantenido durante los tres últimos años o parte de ellos, relación contractual con el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, cualquiera que fuera el importe, al menos un certificado de buena ejecución deberá ser expedido por el OATPFE, pudiendo ser desfavorable en el supuesto de haber ocurrido una incidencia muy grave o varias incidencias que se puedan considerar como graves a lo largo del contrato ya finalizado o próxima su terminación, previa confirmación por unanimidad de la Comisión de Seguimiento y según se establece en el Anexo VIII “Cuadro de Baremación de incidencias”. Se adjunta modelo de Certificado de buena ejecución.>>

De esta suerte, el Pliego es inequívoco al exigir la aportación de un certificación del Organismo Autónomo, en orden a acreditar la solvencia técnica, con lo que, en lógico corolario, su falta determina la exclusión del procedimiento de licitación (artículos 62, 146 y 160 TRLCSP y 82 y 83 RGCLAP). El examen que debe llevar a cabo este Tribunal es, pues, muy limitado, y se circunscribe a comprobar tal extremo. Ni siquiera nos corresponde dilucidar si la denegación del certificado fue o no correcta, en atención a las incidencias en las que se basa o si se respetó el requisito del acuerdo unánime de la denominada “Comisión de Seguimiento”, pues se trata de actuaciones ajenas en rigor al procedimiento de adjudicación y que exceden por ello de la competencia de este Tribunal delimitada en el artículo 40 TRLCSP.

Sentados tales presupuestos, podemos ya señalar que, en el caso que ahora nos concierne, el propio certificado incluido por la recurrente en el sobre de la documentación administrativa alude a varias incidencias *“de considerable gravedad, por lo que la Comisión de Seguimiento ha propuesto no conceder el certificado de buena ejecución durante este periodo”* (antecedente de hecho cuarto), extremo reiterado en la

comunicación de 24 de septiembre de 2013 (antecedente de hecho quinto), con lo que deviene ociosa cualquier otra disquisición sobre el particular. Es indiferente que, como alega la recurrente, las incidencias puedan ser de escasa entidad, que no se haya resuelto el contrato o que, en fin, pendan recursos frente a las decisiones adoptadas por el Organismo Autónomo, porque el Pliego, como hemos visto, sólo atiende al hecho de no acompañarse el certificado de buena ejecución, que es, justamente, lo que acaece al recurrente. Se impone así la desestimación del recurso.

Séptimo. La conclusión anterior sólo podría ser distinta si las cláusulas estudiadas (7.2 del cuadro de características y 47 del Anexo I) estuvieran incursas en una causa de nulidad de pleno derecho, tesitura en la que, como es sabido, quiebra el valor del Pliego como "*lex contractus*" (cfr., por todas, SSTS 19 de marzo de 2001, 28 de junio de 2004 y 26 de diciembre de 2007, así como Resoluciones 69/2012, 241/2012 y 21/2013, entre otras).

Sobre este particular, este Tribunal constata que la forma de acreditar la solvencia técnica requerida en el Pliego es contraria al Ordenamiento Jurídico, al alterar sustancialmente los términos del artículo 77.1 a) TRLCSP. Y ello porque el citado nº 47 del Anexo I obliga a los licitadores que hayan contratado previamente con el propio Organismo Autónomo a aportar un certificado de buena ejecución expedido por éste, lo que supone una evidente restricción de la facultad que les confiere el artículo 77.1 a) TRLCSP para escoger, de entre sus contratos anteriores -celebrados con entidades públicas o privadas- los que estimen pertinentes o más adecuados en orden a acreditar la solvencia.

En último término, el resultado al que conduce la introducción de una cláusula como la que comentamos es el de instaurar una suerte de prohibición para contratar cuya aplicación queda al albur de la propia Administración Pública que licita el contrato y que operaría al margen de los casos y del procedimiento regulado en los artículos 60 y 61 TRLCSP. No es superfluo insistir, en este orden de cosas, en que el único caso en el que un incumplimiento contractual impide contratar con una Administración Pública es el previsto en el artículo 60.2 a) TRLCSP, esto es, haber dado lugar, por causa de la que hubiera sido declarada culpable a la resolución firme de un contrato celebrado con la Administración. Cualesquiera otras faltas del contratista podrán tener, desde luego, las

consecuencias previstas en el TRLCSP y en el Pliego, pero no han de impedirle la posibilidad de acudir a una licitación pública, regida, precisamente por el principio de libertad de acceso (artículo 1 TRLCSP).

Todavía podría argumentarse, en fin, que la estipulación reseñada aboga a una situación de notable inseguridad jurídica, y contraria, pues, al artículo 9.3 CE, en tanto en cuanto con carácter posterior a un contrato, se introducen (en el Anexo VIII, al que remite el apartado 47 del Anexo I) criterios hasta entonces desconocidos, que tipifican la gravedad de incumplimientos -acaecidos en el pasado- en orden a su consideración en un procedimiento de licitación posterior.

Con todo, y pese a la gravedad de las infracciones enunciadas, es lo cierto que ninguna de ellas alcanza la categoría de nulidad de pleno derecho, cuyas causas están tasadas en la ley y han de ser objeto de una interpretación estricta (cfr., por todos, STS 14 de abril de 2012, Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 -expediente 1232/1993- y Resolución de este Tribunal 312/2011). Precisamente por ello, por no ser subsumible en los casos previstos en el artículo 32 TRLCSP, ha de estarse a la fuerza vinculante del Pliego (artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1 y 145.1 TRLCSP), que constriñe tanto a las partes como a este Tribunal, que debe, por ello, como ya se ha dicho, desestimar el recurso.

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 la sociedad "CARLOS BERMEJO, S.L.", contra la adjudicación de los expedientes de contratación de suministro de materias primas para la alimentación de los internos en Centros Penitenciarios tramitados por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo con los núms. 45/2013, 46/2013, 47/2013, 48/2013, 49/2013, 50/2013, 51/2013, 52/2013, 53/2013, 54/2013, 55/2013, 56/2013, 57/2013 y 58/2013.

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.