



Recurso nº 1098/2023

Resolución nº 1275/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 5 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. L. R. , en representación de INGENIERIA DE SISTEMAS DE ENSAYO E INDUSTRIALES, S.L. (INSEI), contra los pliegos de la licitación convocada por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra del Ministerio de Defensa del procedimiento *“Adquisición de vehículos militares todoterreno táctico”*, expediente 2023/ETSAE0906/00000656E, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 12 de julio de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del Acuerdo Marco de *“Adquisición de vehículos militares todoterreno tácticos”*, licitado mediante el procedimiento negociado con publicidad.

Segundo. Con fecha 1 de agosto de 2023 se interpone recurso especial en materia de contratación por la empresa INSEI contra los pliegos de la referida licitación, al entender, en esencia, que el contenido de dichos pliegos pudiera no ser conforme a Derecho, por vulneración del art. 107.5 de la LCSP y el artículo 132 de la LCSP. Concretamente se impugna la cláusula 20 de PCAP, al exigir al adjudicatario garantías definitivas desproporcionadas.

Tercero. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 9 de agosto de 2023 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será 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 que es el competente para conocer el mismo a tenor del artículo 45 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Segundo. El recurso administrativo especial en materia contractual es el medio de impugnación apropiado contra los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del Acuerdo Marco de “*Adquisición de vehículos militares todoterreno tácticos*”, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 2. a) de la LCSP.

Tercero. En cuanto a la legitimación, se ha poner de manifiesto la alegación, por parte del órgano de contratación, de la existencia de posibles causas de inadmisibilidad del recurso, respecto de las que este Tribunal debe pronunciarse en primer lugar, pues su existencia determinaría la imposibilidad para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

El artículo 55 de la LCSP dispone:

“El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.*
- b) La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.*
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.*



d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.

Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso”.

El recurrente no ha presentado oferta en el procedimiento, justificando su legitimación en la imposibilidad de presentar una solicitud de participación por la exigencia de garantías definitivas absolutamente desmesuradas, impugnando para ello, la cláusula del pliego que le impide licitar.

El órgano de contratación entiende, en cambio, que concurre falta de legitimación de la recurrente al entender que la invocada imposibilidad de licitar no tiene sustento probatorio alguno. Añade, que dicha imposibilidad, no es tal, ya que una vez, si así fuera, el primer clasificado no tendría problema en conseguir financiación para la constitución de cualquiera de las garantías admitidas por el art. 108 de la LCSP, una vez notifique dicha situación financiera que opera en el mercado.

Traemos en este punto a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación activa de los recurrentes que no han presentado oferta en el procedimiento de contratación, entre otras la Resolución 1020/2023 de 7 de septiembre y la Resolución 1512/2022, de 1 de diciembre que establece:

“Para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe- como regla general con arreglo al artículo 50.1. b) de la LCSP- haber presentado proposición, pues sólo en ese caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer, excepcionalmente, tal legitimación al empresario que no haya concurrido a la licitación como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos que la rigen de cara a su admisión en ella, condiciones que son especialmente las que combata en su recurso”.

Una de las Sentencias del TJUE que cita el órgano de contratación en su informe al recurso, la del Asunto C-328/17, afirma que no puede considerarse excesivo exigir al licitador que no presenta oferta que demuestre que las cláusulas de la licitación le imposibilitan su presentación. Sin embargo, advierte esta Sentencia, que no puede excluirse que, a la vista

de las circunstancias particulares del litigio principal, su aplicación pueda entrañar una violación del derecho de recurso.

La garantía definitiva impugnada en el presente recurso se refiere a la adjudicación de un acuerdo marco, de varios años de duración, en el que los contratos basados están supeditados a las necesidades de la Administración. El importe que deriva de aplicar el 5% al presupuesto base de licitación asciende a casi 9 millones de euros, cifra muy elevada, que el Tribunal considera, sin necesidad de mayor prueba, que puede impedir a la recurrente presentar una oferta, en condiciones de igualdad con otras empresas que tengan un mayor poder de financiación.

El Tribunal considera que, conforme al artículo 48 de la LCSP, la empresa recurrente goza de legitimación para interponer el presente recurso especial.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir, de acuerdo con el artículo 50.1 b) de la LCSP.

Quinto. Se impugna, por el recurrente la cláusula 20 del PCAP, al entender que infringe los artículos 107.5 y 132 de la LCSP, al exigir al adjudicatario garantías definitivas desproporcionadas. INSEI advierte que la cláusula recurrida, no aplica e infringe la regla especial para los acuerdos marco que prevé el artículo 107.5 de la LCSP, que según se indica en su recurso, se deberá fijar de forma estimativa por la Administración o, por el contrario, se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación. Concretamente, dispone el artículo 107.5 de la LCSP:

“Los pliegos que rijan los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición establecerán si la garantía definitiva se fija estimativamente por la Administración o se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación.

Si se optara por la constitución de una garantía definitiva general del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición fijada estimativamente por la Administración, cuando la suma de los importes, IVA excluido, de los contratos basados en los acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición exceda del doble de la cantidad resultante de capitalizar al 5 por 100 el importe de la garantía definitiva, esta deberá ser incrementada en una cuantía equivalente”.

La cláusula 20 del PCAP establece:

“1. Para el AM: De conformidad con lo estipulado en los artículos 107.5 de la LCSP, el licitador que presente la oferta mejor relación calidad-precio en la licitación, deberá acreditar la constitución de una GARANTÍA DEFINITIVA del 5% del importe de la adjudicación. La garantía definitiva responderá por la totalidad del lote correspondiente del AM y cubrirá la ejecución de todos sus Contratos Basados. Se constituye con la finalidad de que queda afecta a los posibles incumplimientos del AM, incluida expresamente la no presentación de oferta para la adjudicación de los contratos basados o negativa a firmar el documento de formalización, así como de los posibles incumplimientos de los contratos basados en el AM.

2. Para los contratos basados en AM: no será exigible la constitución de garantía definitiva en los contratos basados, excepto si el importe de la garantía definitiva del Acuerdo Marco no alcanzara el importe correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato basado, debiéndose en este caso constituir una garantía suplementaria por el importe faltante”.

INSEI entiende que la cláusula impugnada no aplica e infringe la regla especial del artículo 107.5 de la LCSP, al no establecer una garantía estimativa, sino que exige el 5% del importe de la adjudicación, lo que determina una falta de proporcionalidad en cuanto a los requerimientos de garantías contractuales.

Sexto. Tal y como resulta de la Cláusula 2 PCAP, el órgano de contratación, ante la imposibilidad de establecer de forma fehaciente el alcance económico ni las cantidades del servicio a adquirir, recoge una previsión basada en análisis de necesidades operativas; esta estimación alcanza un importe total, para el periodo 2024-2027, de 217.666.900 euros (importe neto: 179.890.000 euros), y para la prórroga (2028-2029), de 121.968.000 euros (importe neto: 100.800.000 euros). La Cláusula 5, refiere el valor estimado, en el que se incluye un porcentaje de modificación (efecto económico), y lo fija en 315.690.000 euros (sin IVA).

Señalado lo anterior, puede concluirse que el eventual importe de adjudicación del Acuerdo Marco y en función del que se aplica el 5% para la determinación de la garantía definitiva, en los términos previstos en la cláusula 20 del PCAP, es resultado de una estimación del órgano de contratación basada en una previsión de necesidades operativas. Efectivamente, cuando el art. 107.5 de la LCSP establece que en los pliegos que rijan los



acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición establecerán si la garantía definitiva se fija **estimativamente** por la Administración o se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación, esa referencia a la *“fijación estimativa”*, debe entenderse cumplida en este supuesto, pues como ya se ha expuesto, dicha cantidad es resultado de una previsión (estimación) de necesidades. Solo de esta manera puede conciliarse la regla especial del artículo 107.5 de la LCSP con el objeto y finalidad de la garantía definitiva previsto en el art. 110 de la LCSP.

Séptimo. Concluido lo anterior, toda vez que la garantía definitiva prevista en la cláusula 20 del PCAP es ajustada a Derecho y responde a los requisitos establecidos en el artículo 107.5 de la LCSP en relación con el art. 110 del referido cuerpo legal, no puede compartirse la desproporcionalidad de su importe, sino al contrario, que este es ajustado y, en consecuencia, proporcional al precio final ofertado.

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. A. L. R. , en representación de INGENIERIA DE SISTEMAS DE ENSAYO E INDUSTRIALES, S.L. (INSEI), contra los pliegos de la licitación convocada por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra del Ministerio de Defensa del procedimiento *“Adquisición de vehículos militares todoterreno táctico”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista el artículo 58 de la LCSP.

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.

LA `PRESIDENTA

LOS VOCALES