

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 626/2016

Recurso nº 574/2016

Resolución nº 626/2016

En Madrid, a 29 de julio de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. A. M., en representación de TORO DESARROLLO TECNOLÓGICOS, S.L. contra la modificación de los pliegos de la licitación para la adjudicación del Acuerdo Marco para el suministro abierto de repuestos para las plantas de ósmosis de los buques de la Armada, número de expediente 3504016007200, convocado por la Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Armada, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en el BOE el 29 de abril de 2016, dándosele publicidad en el Perfil del contratante y en el DOUE, por parte de la Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Armada se convocó la licitación del contrato de suministro abierto de repuestos para las plantas de ósmosis de los buques de la Armada, número de expediente 3504016007200. El valor estimado máximo del Acuerdo Marco es de 1.100.000 euros.

Segundo. Con fecha 9 de junio de 2016, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la rectificación del anuncio y de los pliegos de la licitación del expediente nº 3504016007200, para la adjudicación del Acuerdo Marco para el suministro abierto de repuestos para las plantas de ósmosis de los buques de la Armada.

En dicha modificación de los PCAP se adiciona un nuevo párrafo en la cláusula 11.C) del PCAP, relativo a los requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, en el que se señala que:

"Además de la documentación acreditativa de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, los licitadores deberán acreditar ser el fabricante original de la pieza o distribuidores autorizados del material objeto del contrato. A este respecto, para acreditar ser fabricantes verdaderos, los licitadores deberán presentar en el sobre de documentación administrativa, una declaración responsable del representante legal de la empresa que fabrica los elementos objeto de este contrato. Para acreditar ser distribuidores, los licitadores deberán presentar en el sobre de documentación administrativa, una autorización del fabricante verdadero para la distribución de dicho material".

Tercero. Que a la finalización del plazo para la presentación de ofertas, se presentaron por las siguientes mercantiles: SUMINISTRO DE CARTAGENA, S.A.; SUYFA DEFENCE, S.L.; INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL; ALDA CONSULTORÍA Y PROYECTOS; PETER TABOADA, S.L. y TORO VEHÍCULOS ESPECIALES Y SISTEMAS, S.L.

Que mediante escritura de 20 de abril de 2016 (cuya copia simple ha sido adjuntada al escrito de recurso) por las entidades "TORO VEHÍCULOS ESPECIALES y SISTEMAS, S.L. y MARA LANDSYTEMS, S.L." constituyeron una sociedad limitada de nacionalidad española que se denominará "TORO DESARROLLOS TECNOLÓGICOS, S.L." que es la ahora recurrente.

Cuarto. Que considerando la actora que el nuevo párrafo añadido a la cláusula 11.C) del nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la referida licitación es contrario a Derecho y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 59 de Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS en lo sucesivo) en relación con el artículo 40 y concordantes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en lo sucesivo), interpone recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en el órgano de contratación el 20 de junio de 2016 teniendo entrada en el Registro de este tribunal el 29 de junio.

Quinto. Mediante el citado escrito, la mercantil recurrente suplica que "se declare nulo el nuevo párrafo de la cláusula 11.C) del PCAP que exige la acreditación de ser el fabricante original de la pieza o distribuidores autorizados del material objeto del contrato".

Para la ejercicio de dicha pretensión, la actora alega dos concretos motivos de impugnación: Por un lado, que el nuevo requisito de acreditar que se es el fabricante original de los repuestos o distribuidor autorizado por el mismo no está incluido en la legislación invocada (artículos 75 del TRLCSP y 15 de la LCSPDS) y, al ser contrario a la ley, es nulo de pleno derecho. En segundo lugar, que el nuevo requisito incluido en el PCAP limita la participación en el procedimiento de adjudicación a aquellos que acrediten ser fabricantes originales de las piezas de repuesto o distribuidores autorizados por dichos fabricantes, excluyendo a empresas del sector dedicadas al mantenimiento y suministro de repuestos de este tipo de equipos.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado el 13 de julio de 2016 del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo evacuado dicho trámite las mercantiles INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, S.L.U. y, ALDA CONSULTORÍA Y PROYECTOS, S.L.

Séptimo. Interpuesto el recurso, este Tribunal dictó resolución de fecha 7 de julio de 2016 por la que se acordaba conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 43 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado primero del artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP, al referirse a una modificación de los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El recurrente está legitimado al haberse presentado en la licitación referida por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, en relación con lo dispuesto en el art. 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a cuyo tenor:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho

constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.

En caso contrario, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento”.

En el presente caso, el nuevo anuncio de licitación rectificado, que contiene el PCAP asimismo rectificado, se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 9 de junio de 2016, por lo que interpuesto el recurso 20 de junio de 2016 en el registro del órgano de contratación, de conformidad con el artículo 44.3 del TRLCSP, y con los efectos de anuncio del recurso previstos en el artículo 17 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. Entrando a analizar el fondo de la cuestión planteada, como ya se ha adelantado al reflejar la fundamentación del recurso interpuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, por el recurrente se alega dos concretos motivos de impugnación. La nulidad del nuevo requisito exigido en los Pliegos al no constar el nuevo medio de acreditación de la solvencia comprendido entre los enumerados en el artículo 75 TRLCSP y; en segundo lugar, que la exigencia de este nuevo requisito en cuanto supone la necesidad de que se acredite ser fabricante original de la pieza o distribuidor autorizado del material objeto del contrato, supone una injustificada restricción de la competencia.

Comenzando por la primera de las alegaciones, señala la mercantil actora que “para la acreditación de la solvencia técnica y profesional del empresario, el artículo 15.1 de la LCSPDS remite a los medios enumerados en los artículos 74 a 79 del TRLCSP.

El artículo 77 del TRLCSP establece una lista tasada de medios para acreditar la solvencia técnica y profesional en los contratos de suministro, de la que el órgano de contratación ha elegido el contemplado en el apartado 1.a), pero con la modificación introducida se exige ahora, además, un nuevo medio para acreditar la solvencia técnica y profesional que no está previsto en ninguno de los seis apartados del precitado artículo 77.

En efecto, aunque el apartado C) de la cláusula 11 del PCAP, comienza diciendo: "Los que justifiquen los requisitos de solvencia económica, técnica y financiera de los señalados en los artículos 75 del TRLCSP y 15 de la LCSPDS, respectivamente, siguientes:", lo cierto es que el nuevo requisito de acreditar que se es el fabricante original de los repuestos o distribuidor autorizado por el mismo, no está incluido en la legislación invocada y, al ser contrario a la ley, es nulo de pleno derecho”.

Por su parte el Órgano de Contratación en el informe emitido al presente recurso argumenta que el mismo se limitó "a materializar en los requisitos de Solvencia Técnica del contrato las exigencias del punto 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), que dispone dentro del apartado "características de los repuestos a adquirir por el contratista" que: "serán nuevos, procedentes de fabricación original, y deberán disponer de la correspondiente certificación del fabricante" disponiendo además que "deberán de estar catalogados." Y, con cita en resoluciones de Tribunales Administrativos de Contratación, afirma que "una vez recibidos los requisitos de los correspondientes servicios técnicos, el Órgano de Contratación hace uso de las facultades del artículo 22 TRLCSP le otorga para el cumplimiento de sus fines...".

Pues bien, para resolver la cuestión que nos ocupa debemos partir de la Cláusula del PCAP, en concreto del párrafo adicionado por el Órgano de Contratación, que es objeto de este debate.

Así, la Cláusula 11.C) de los PCAP en relación a la solvencia económica y financiera y técnica y profesional que deben reunir los licitadores afirma:

"C) Los que justifiquen los requisitos de solvencia económica, técnica y financiera de los señalados en los artículos 75 del TRLCSP y 15 de la LCSPDS, respectivamente, siguientes:

- Solvencia económica-financiera: Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, o declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido, como máximo, a los 3 últimos ejercicios disponibles, en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios, de acuerdo con el art. 75.1.a) y c) del TRLCSP.
- Solvencia técnica: Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario) público o privado de los mismos. Los suministros 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 comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario, de acuerdo a lo establecido en el art. 77.1.a) del TRLCSP.
- Además de la documentación acreditativa de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, los licitadores deberán acreditar ser el fabricante original de la pieza o distribuidores autorizados del material objeto del contrato. A este respecto, para acreditar ser fabricantes verdaderos, los licitadores deberán presentar en el sobre de documentación administrativa, una declaración responsable del representante legal de la empresa que fabrica los elementos objeto de este contrato. Para acreditar ser distribuidores, los licitadores deberán presentar en el sobre de documentación administrativa, una autorización del fabricante verdadero para la distribución de dicho material".

Así, aun cuando se contiene la exigencia para los licitadores que acrediten ser los fabricantes originales de la pieza o distribuidores autorizados del material objeto del contrato en párrafo independiente de los relativos a la solvencia económico-financiera y técnica, sí que se incluye en el apartado que regula la documentación que debe aportarse para justificar los citados requisitos de solvencia.

Sin embargo, el artículo 77 TRLCSP, que regula la solvencia técnica o profesional en los contratos de suministros —y que resulta aplicable en este caso—, establece unos medios tasados para acreditar la solvencia técnica o profesional, y a juicio de este Tribunal, en ningún caso resulta admisible introducir dicha exigencia de ser fabricante o distribuidor autorizado, como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional del empresario, en un apartado con el que no guarda ninguna relación.

Pues bien, asiste la razón a la mercantil recurrente cuando afirma que el artículo 77 del TRLCSP establece de manera taxativa los medios que deben acreditar la solvencia técnica en el contrato de suministro. El órgano de contratación dispone de la facultad de elección de estos medios dentro de los previstos en la Ley. Como este Tribunal ha expresado reiteradamente (Resoluciones núm. 60/2011, de 9 de marzo, 287/2014, de 4 de abril y 730/2015, de 30 de julio) es preciso que los requisitos de solvencia se encuentren entre los establecidos en el TRLCSP según el contrato de que se trate. Sin embargo, la cláusula cuestionada incluye medios de acreditación de la solvencia técnica que no están previstos en dicho precepto legal. Así sucede con el requisito adicionado en el PCAP relativo a la necesidad de acreditar ser fabricante o distribuidor autorizado.

Este requisito no es por tanto uno de los medios acreditativos de solvencia técnica de los permitidos taxativamente por la Ley, pero tampoco es un requisito de habilitación empresarial o profesional que pudiera ser exigible a los licitadores. En efecto, el artículo 54.2 del TRLCSP, establece: “Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.”

En cuanto a la naturaleza de la habilitación empresarial y profesional, el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala: “La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 54.2 del TRLCSP] citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.”

En el mismo sentido, nuestra Resolución nº 116/2015, de 6 de febrero señala la distinta naturaleza de la capacidad de obrar, la habilitación profesional exigida como parte de aquella, y la solvencia técnica que deben acreditar los licitadores para ser adjudicatarios.

También hemos declarado el carácter de requisito de legalidad sustancialmente distinto de la solvencia técnica o profesional de la habilitación, requisito de legalidad que resulta exigible a todos los licitadores se recoja o no en el pliego (Resoluciones núm. 384/2014, de 19 de mayo, 465/2014, de 13 de junio, 391/2015, de 24 de abril, y 555/2014, de 18 de julio).

También señalamos en nuestra Resolución nº 218/2011, de 14 de septiembre, que la clasificación que se exige para contratar con las Administraciones se obtiene siempre que el empresario, de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCSP, acredite su personalidad y capacidad de obrar, así como que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios, así como no estar incurso en prohibiciones de contratar, por lo que el requisito de la habilitación se encuentra ínsito en el certificado acreditativo de la clasificación y no puede exigirse adicionalmente a éste.

Pues bien, la relación jurídica entre el fabricante y la empresa distribuidora “autorizada” por aquella, no es un requisito de legalidad que, como señala la JCCA, tiene por objeto evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal, pues no deviene de una norma dictada con carácter imperativo por los poderes públicos, sino antes bien, un negocio jurídico bilateral de naturaleza privada.

Tampoco constituye un requisito de solvencia técnica pues, como hemos dicho reiteradamente (Resoluciones núm. 60/2011, de 9 de marzo, 287/2014, de 4 de abril y 730/2015, de 30 de julio) es preciso que los requisitos de solvencia se encuentren entre los establecidos en el TRLCSP según el contrato de que se trate, y aquel no se encuentra entre los enumerados en el artículo 77 del TRLCSP.

En consecuencia, procede estimar este concreto motivo de impugnación y por ende procede anular el párrafo incluido en la modificación del PCAP arriba transcrito.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. M. A. M. en representación de TORO DESARROLLO TECNOLÓGICOS,S.L. contra la modificación de los pliegos de la licitación para la adjudicación del Acuerdo Marco para el suministro abierto de repuestos para las plantas de ósmosis de los buques de la Armada, número de expediente 3504016007200, convocado por la Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Armada y, en consecuencia, anular el párrafo adicionado en la Cláusula 11.C) del PCAP objeto de impugnación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto 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 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.