



**Recurso nº 281/2012**

**Resolución nº 308/2012**

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S. P. P., en nombre y representación de la empresa DUJONKA, S.L., contra la resolución de 5 de noviembre de 2012 dictada por el Subdirector General de Administración Financiera del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como Órgano de contratación, por la que se acuerda la exclusión de dicha empresa del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato relativo a la prestación del servicio de cafetería y comedor en las dependencias del Ministerio en la calle José Abascal, 39 y en la calle Pío Baroja, 6, de Madrid, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ministerio de Empleo y Seguridad Social convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 25 de mayo de 2012 y en el Boletín Oficial del Estado el 1 de junio de 2012, licitación para adjudicar el contrato de servicios más arriba citado, por procedimiento abierto, con un valor estimado de 338.983,06 euros, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 20 de junio de 2012.

A la mencionada licitación concurren las dos entidades siguientes: CENTRAL DE CATERING, SERVICATERING, S.L. (en adelante, SERVICATERING), y DUJONKA, S.L. (en adelante, DUJONKA).

**Segundo.** La Mesa de contratación, en su reunión de 4 de julio de 2012, procedió al examen de la documentación administrativa presentada por los licitadores en el "sobre nº 1", acordando la admisión de las dos proposiciones presentadas.

Tras la apertura del “sobre nº 2” –oferta relativa a los criterios no evaluables mediante fórmula- y del “sobre nº 3” –oferta económica y oferta relativa a criterios evaluables mediante fórmula-, que tuvo lugar, respectivamente, en las sesiones celebradas los días 11 y 25 de julio de 2012, se procedió por la Mesa de contratación a determinar la puntuación global asignada a las dos empresas concurrentes, que fue la siguiente: SERVICATERING, 96,88 puntos, y DUJONKA, 92,75 puntos. Dicha puntuación (con base en la cual se procedió a acordar la adjudicación del contrato en favor de SERVICATERING) fue, sin embargo, posteriormente revisada, al apreciarse un error en la aplicación de la fórmula para la valoración de la oferta económica y de la oferta relativa a los criterios evaluables mediante fórmula, lo que dio lugar al acuerdo de la Mesa de contratación, adoptado en su reunión de 5 de septiembre de 2012, realizando una nueva valoración de las ofertas ajustada a la fórmula establecida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y asignando a las empresas una nueva puntuación, que fue la siguiente: DUJONKA, 92,75 puntos, y SERVICATERING, 47,38 puntos.

A la vista del resultado de la valoración de las proposiciones, la Mesa de contratación propuso al Órgano de Contratación la adjudicación del contrato a la empresa DUJONKA, por ser su oferta la económicamente más ventajosa.

Por Resolución de 11 de septiembre de 2012, el Órgano de contratación acordó, previa revocación del acuerdo de adjudicación en favor de SERVICATERING adoptado el 20 de agosto de 2012, la adjudicación del contrato a la empresa DUJONKA, por un importe de 168.000 € (IVA excluido).

**Tercero.**- Como consecuencia de lo anterior, en fecha 11 de septiembre de 2012 se procedió a solicitar de la empresa DUJONKA la presentación de la documentación legalmente exigida en orden a la formalización del contrato, entre ella “la declaración responsable en la que se manifieste que las circunstancias reflejadas en el certificado de clasificación que presentó a la licitación, no han experimentado variación”.

Con fecha 20 de septiembre de 2012 DUJONKA presentó la documentación requerida, con excepción de la declaración relativa al mantenimiento de la clasificación, que fue aportada posteriormente, tras ser requerido al efecto de manera informal por la Mesa de contratación, junto con un escrito explicativo de las circunstancias en las que se

encontraba frente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto a su clasificación, en cuya conclusión final exponía que, a su entender, se encontraba clasificada.

Ante las dudas suscitadas acerca de la efectiva vigencia de la clasificación de la empresa adjudicataria, el Órgano de contratación se dirigió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante Oficio de 1 de octubre de 2012, formulando consulta sobre si, a fecha 20 de septiembre de 2012 (fecha del documento que recoge la declaración responsable relativa a la vigencia de la clasificación), permanecían vigentes las condiciones que dieron lugar a la clasificación de dicha empresa, consulta que fue contestada por el Subdirector General de Clasificación de Contratistas y Registro de Contratos mediante escrito de 13 de octubre de 2012 en el que, de manera resumida, se exponen las distintas vicisitudes acaecidas en relación con la clasificación de DUJONKA –a que nos referiremos a continuación-, y finalmente se informa al Órgano consultante sobre la posibilidad de dirigirse al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE), en orden a conocer los datos relativos a la clasificación de las empresas que concurren a sus procedimientos de adjudicación. En el expediente consta certificado expedido por la Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con fecha 17 de octubre de 2012 en el que se hace constar que “la reunión de la Comisión de Clasificación de Empresas de Servicios del día 26 de junio de 2012, se acordó revocar la Clasificación que ostenta la empresa DUJONKA, S.L., como empresa de Servicios”.

Paralelamente a las anteriores actuaciones, con fecha 4 de octubre de 2012 el Subdirector General de Administración Financiera del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, evacuó consulta a la Abogacía del Estado en el Departamento “sobre si, a fecha 20 de septiembre de 2012 permanecían vigentes las condiciones que dieron lugar a la clasificación a dicha empresa y por consiguiente se puede adjudicar el contrato a DUJONKA, S.L.U., o por el contrario, este Órgano de contratación no puede adjudicar dicho contrato a la citada empresa, ya que no cumple con los requisitos de clasificación”. Con fecha 18 de octubre de 2012 la Abogacía del Estado emitió el correspondiente informe, en el que se concluye que la empresa DUJONKA debe quedar excluida del procedimiento de contratación por las razones que en el mismo se exponen”.

A la vista de todo lo anterior, con fecha 5 de noviembre de 2012 se dictó por el Subdirector General de Administración Financiera del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como Órgano de contratación, resolución acordando la exclusión de DUJONKA del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato relativo a la prestación del servicio de cafetería y comedor en las dependencias del Ministerio en la calle José Abascal, 39 y en la calle Pío Baroja, 6, de Madrid.

**Cuarto.** En orden a examinar adecuadamente las cuestiones controvertidas, según se encuentran planteadas por la entidad recurrente, resulta necesario analizar las distintas vicisitudes acaecidas, en relación con la clasificación de DUJONKA como empresa de servicios, a partir del mes de junio del presente año, momento en que, según se expondrá, se acordó la revocación de dicha clasificación:

- La empresa DUJONKA, en el momento de convocarse la licitación correspondiente al contrato de servicios más arriba citado, se encontraba clasificada como empresa de servicios.
- Con carácter previo a dicha convocatoria se había iniciado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expediente de revisión de la clasificación ostentada por la entidad.
- Dicho expediente culminó con la **resolución de la Comisión de Clasificación de Empresas de Servicios de 26 de junio de 2012, por la que se revoca la clasificación ostentada por DUJONKA, S.L., como empresa de servicios,** notificándose dicha resolución a la empresa con fecha 30 de julio.
- Frente al acuerdo de revocación de la clasificación interpuso la empresa recurso de alzada, solicitando, paralelamente, la adopción de la medida de suspensión de la ejecución del acto impugnado, medida ésta que fue denegada por Resolución de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 30 de agosto de 2012.
- Con fecha 27 de septiembre de 2012 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictó resolución (notificada a la empresa el día 1 de octubre)

acordando la estimación parcial del recurso de alzada interpuesto por DUJONKA, S.L., en el siguiente sentido:

- i) Se confirma la validez de la Resolución impugnada;
- ii) Se declara la nulidad del trámite de notificación de la misma a la empresa recurrente, ordenando la retroacción de las actuaciones practicadas al momento inmediatamente anterior a su notificación, con el fin de practicar una nueva notificación de la resolución impugnada.

En la resolución estimatoria del recurso de alzada se expone que, teniendo en cuenta que la notificación de la resolución acordando la revocación de la clasificación no se practicó correctamente (el contenido de la resolución difiere del que se refleja en la notificación), por aplicación de lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la LRJPAC, “**la resolución recurrida en alzada es un acto válido pero ineficaz**, puesto que debe entenderse que no se había notificado a la fecha de interposición del recurso”.

- Con fecha 5 de octubre de 2012 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acordó proceder a realizar nueva notificación de la resolución de revocación de la clasificación, corrigiendo los defectos advertidos en la anterior notificación, practicándose la segunda notificación el día 10 de octubre de 2012.
- Con fecha 8 de noviembre de 2012 la empresa DUJONKA interpuso recurso de alzada frente a la resolución de 26 de junio de 2012 acordando la revocación de la clasificación, notificada –según se ha expuesto- con fecha 10 de octubre

**Quinto.** Frente a la resolución de 5 de noviembre de 2012, de exclusión de la empresa DUJONKA del procedimiento de contratación, ésta ha presentado el día 26 de noviembre, previo anuncio ante el Órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación en el registro de este Tribunal, solicitando la anulación de la exclusión acordada, por los motivos que en el escrito de interposición del recurso se exponen y cuyo examen abordaremos más adelante, y que “se acuerde la efectiva formalización del contrato del que ha resultado adjudicataria” la empresa recurrente.

**Sexto.** Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a SERVICATERING –la otra empresa licitadora- en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, sin que dicha empresa haya evacuado el trámite conferido.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, con fecha 5 de diciembre de 2012, este Tribunal ha acordado adoptar la medida provisional consistente en la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

**Segundo.** La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. En efecto, la entidad reclamante ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las dos entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado precisamente adjudicataria del contrato, si bien posteriormente ha sido excluida del procedimiento, acto éste que mediante el presente recurso pretende dejar sin efecto.

**Tercero.** El contrato en relación con el cual se interpone el recurso es un contrato de servicios de valor estimado superior a 200.000 €, comprendido en la categoría 17 del Anexo II del TRLCSP, el cual es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) de dicho texto legal.

El objeto del recurso es la resolución de exclusión del procedimiento adoptada por el Órgano de contratación, cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

En consecuencia, el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**Cuarto.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** Entrando en el examen del fondo del asunto, la empresa DUJONKA basa su recurso, en síntesis, en la consideración de que, tanto en el momento en el que presentó su proposición para participar en la licitación, como en el momento en el que se le comunicó la adjudicación del contrato en su favor, requiriéndole para la presentación de la documentación legalmente exigida en orden a la formalización del contrato (11 de septiembre de 2012), cumplía con el requisito de la clasificación, exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como condición de solvencia -a pesar de que con fecha 26 de junio de 2012 se había acordado por la Comisión de Clasificación de Empresas de Servicios revocar su clasificación como empresa de servicios-, por lo que resulta improcedente su exclusión del procedimiento.

Dicha consideración se fundamenta en el hecho de que la resolución de la Comisión de Clasificación de Empresas de Servicios acordando la revocación de la clasificación de DUJONKA como empresa de servicios no le fue correctamente notificada hasta 10 de octubre de 2012 (tras haberse estimado parcialmente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el recurso de alzada presentado por la empresa, apreciando la nulidad del trámite de notificación de la resolución, ordenando la práctica de una nueva

notificación ajustada a las exigencias legales, y confirmando –por lo demás- la validez de la propia resolución impugnada, resolución que fue seguida de un nuevo acto de notificación, efectivamente practicado el día 10 de octubre), de manera que, tanto en el momento de requerirse a la empresa para la aportación de la documentación exigida para la formalización del contrato, una vez acordada la adjudicación en su favor (11 de septiembre de 2012), como en el momento en que la empresa aportó dicha documentación, concretamente la declaración relativa a la vigencia de las circunstancias determinantes de su clasificación, cumplía con el requisito de la clasificación, y ello sobre la base de que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la resolución de 26 de junio de 2012 no desplegó sus efectos hasta el momento de su notificación, en fecha 10 de octubre de 2012, siendo improcedente una aplicación retroactiva de la misma.

Frente a la posición de la empresa recurrente, el Órgano de contratación mantiene que la proposición de la empresa DUJONKA debe ser excluida, por cuanto considera que dicha empresa DUJONKA no cumplía con el requisito de la clasificación en el momento de la presentación de la documentación exigida para participar en la licitación, como tampoco lo cumplía en el momento de la adjudicación en su favor del contrato.

Por lo tanto, la cuestión que debe analizarse es si resulta procedente, o no, la exclusión de la empresa recurrente del procedimiento de licitación, por no cumplir con el requisito de la clasificación.

Para dar adecuada respuesta a dicha cuestión deben analizarse, a su vez, dos cuestiones distintas: i) en primer lugar, si la resolución de 26 de junio de 2012 acordando la revocación de la clasificación de DUJONKA como empresa de servicios era susceptible de producir efectos desde el mismo momento de su dictado, como mantiene – implícitamente- el Órgano de contratación, a pesar de haber sido recurrida y haberse dejado sin efecto ulteriormente el trámite de notificación a la empresa de aquella resolución, practicado el día 30 de julio de 2012, sin que se practicara una nueva notificación en forma hasta el día 10 de octubre; o bien, según sostiene la empresa recurrente, dicha resolución no podría considerarse eficaz, con independencia de su validez, al menos hasta el día 10 de octubre de 2012; ii) en segundo lugar, debe



determinarse cuál es, exactamente, el momento en el que deben cumplirse los requisitos legalmente exigidos para contratar con la Administración, y concretamente ha de analizarse si, cumpliendo la empresa DUJONKA el requisito de la clasificación en el momento de resultar adjudicataria del contrato (partiendo de la hipótesis de que así fuera), el hecho de que con posterioridad al momento de la adjudicación, pero antes de la formalización del contrato, se le notificara la revocación de la clasificación, determina que la empresa no pueda formalizar el contrato con la Administración.

Comenzando por la segunda de las cuestiones planteadas debemos señalar que, si bien la legislación aplicable no contiene una previsión específica sobre este particular, la interpretación de los preceptos de la normativa vigente en materia de contratación administrativa, en relación con las condiciones exigidas para contratar con la Administración debe conducir a la conclusión de que los requisitos de solvencia, legalmente exigidos como condiciones de aptitud para contratar con la Administración, deben concurrir en el contratista tanto en el momento de la licitación, es decir, en el momento de la presentación de su oferta, como en el momento de la perfección del contrato administrativo, lo que, de acuerdo con el artículo 27.1 del TRLCSP, se produce con la formalización del contrato. En este sentido cabe citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 19/09, de 25 de septiembre, así como la Circular de la Abogacía General del Estado 1/2012 –esta última se acompaña al informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social incorporado al expediente-, ambos citados expresamente en la resolución objeto de impugnación en el presente recurso.

Por lo tanto, procede concluir en este punto que, aun en el supuesto de que pudiera afirmarse que la empresa DUJONKA, en cuyo favor se produjo la adjudicación del contrato, en el momento de la adjudicación -11 de septiembre de 2012- reunía el requisito de la clasificación exigido en los pliegos para participar en la licitación –extremo éste que, según se ha expuesto, resulta discutible por las circunstancias concurrentes-, lo cierto es que, en todo caso, a partir de 10 de octubre de 2012 habría dejado de reunir dicho requisito, al ser esta la fecha en la que se le notificó, por segunda vez -al haberse dejado sin efecto la primera notificación- la revocación de su clasificación, de manera que, con anterioridad a la perfección del contrato la empresa DUJONKA habría dejado de cumplir

con una de las condiciones legalmente exigidas para contratar con la Administración, lo que, como se ha señalado, ha de conducir, necesariamente, a su exclusión del procedimiento de licitación.

La anterior conclusión hace innecesario abordar el examen de la primera de las cuestiones planteadas, puesto que, como se ha indicado, lo cierto es que, fuera o no eficaz en el momento de producirse la adjudicación del contrato a favor de DUJONKA la resolución de 26 de junio de 2012 acordando la revocación de su clasificación como empresa de servicios, en la medida en que en un momento posterior a la adjudicación pero anterior a la formalización del contrato sí habría devenido eficaz, su exclusión resultaría procedente. No obstante lo anterior, sí consideramos oportuno advertir que, frente al criterio mantenido por el Órgano de contratación, en cuya virtud la resolución de 26 de junio de 2012 habría de producir efectos desde el mismo momento de su dictado, en tanto no fuera acordada la suspensión de la ejecución del acto, este Tribunal considera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LRJPAC, que hace depender la eficacia de los actos administrativos de su ulterior notificación (precepto que la jurisprudencia ha considerado referido a los actos no favorables al interesado, como sucede en el caso de la resolución de revocación de la clasificación), se puede afirmar que el acuerdo de revocación de la clasificación, hasta el momento de la práctica de la segunda notificación, el día 10 de octubre de 2012, era un acto válido, pero ineficaz, según –por lo demás– expresamente se aprecia en la resolución del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas que resolvió el recurso de alzada interpuesto frente a aquél.

La confirmación de la procedencia de la exclusión de la empresa, por no encontrarse debidamente clasificada en el momento de la formalización del contrato, no obsta a la posible exigencia de responsabilidad patrimonial que pudiera instar la empresa excluida frente a la Administración contratante, como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en la práctica del trámite de formalización del contrato. En este sentido cabe destacar que la empresa recurrente insiste en advertir que el Órgano de contratación no cumplió el plazo legalmente establecido en orden a la formalización del contrato, hecho este que, por lo demás, puede fácilmente comprobarse, puesto que, a pesar de que el artículo 151.3 del TRLCSP establece un plazo de cinco días hábiles, a contar desde la recepción de la documentación requerida a la empresa adjudicataria al

amparo del anterior apartado del mismo precepto, en el supuesto examinado la recepción de la documentación tuvo lugar a finales de septiembre, si bien no se procedió a acordar la exclusión de la empresa hasta principios de noviembre. En este sentido, la empresa excluida podría cabalmente defender que, si el Órgano de contratación hubiese procedido a la formalización del contrato en el plazo de cinco días desde la recepción de la documentación, dicha formalización habría tenido lugar antes de la segunda notificación de la resolución de revocación de la clasificación –producida el 10 de octubre de 2012- y, por tanto, no habría existido fundamento para excluir su proposición. Ahora bien, sin entrar a prejuzgar la viabilidad de dicha eventual pretensión de responsabilidad patrimonial –lo que, desde luego, excedería de la competencia de este Tribunal-, no podemos dejar de llamar la atención sobre la concurrencia, en este caso, de motivos razonables por los que el Órgano de contratación demoró la decisión acerca de la exclusión de la empresa, más allá del plazo de cinco días legalmente previsto al efecto (consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la vigencia de la clasificación de la empresa, ante las dudas generadas por la documentación aportada por la empresa y ulterior consulta a la Abogacía del Estado en el Departamento, ante la complejidad de la situación).

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 D. S. P. P. en representación de la empresa DUJONKA, S.L., contra la Resolución de 5 de noviembre de 2012 dictada por el Subdirector General de Administración Financiera del Ministerio de Empleo y Seguridad, como Órgano de contratación, por la que se acuerda la exclusión de dicha empresa del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato relativo a la prestación del servicio de cafetería y comedor en las dependencias del Ministerio en la calle José Abascal, 39 y en la calle Pío Baroja, 6, de Madrid

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.