



Recurso nº 1323/2023

Resolución nº 1623/2023

Pleno

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.F.P., en representación de INNOVA BPO, SL contra los Pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de "*Servicio de Contact Center Sareb*", expediente 2023-P346, convocado por el Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A, (en adelante SAREB) el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo de Administración de la SAREB anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de septiembre de 2023 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 612.160,16 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y con las demás normas de desarrollo aplicables a las entidades del sector público que no tienen la consideración de poderes adjudicadores.

Tercero. Publicados los Pliegos, se interpone recurso especial en materia de contratación el día 27 de septiembre de 2023, ante el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el que se manifiesta que los Pliegos incumplen los artículos 90.1 y 2, 126 de la LCSP, pues la exigencia de experiencia previa en el sector *Real Estate* como requisito de solvencia supone una medida extremadamente restrictiva que no se encuentra motivada, además de resultar del todo contraria a los principios de libre competencia, no discriminación e igualdad de trato, y, sobre todo, al principio de proporcionalidad.



Según el recurso, para acreditar la solvencia técnica basta con acreditar la similitud entre los servicios prestados por el licitador y el servicio del contrato licitado, bastando para ello con la evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos, siendo indiferente el ámbito material de los mismos.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el Director de Compras y Control del Comisionamiento de la SAREB, en los que, sobre el objeto del recurso, se indica:

-Que debe inadmitirse el recurso, pues la SAREB es una sociedad anónima creada en 2012 al amparo del artículo 35 de la Ley 9/2012, 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, como un instrumento de resolución de entidades de crédito en situación de crisis financiera.

-Su objeto social es la tenencia, la gestión y la administración directa o indirecta, adquisición y enajenación de los activos que le sean transferidos.

-El Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero (en adelante RDL 1/2022), por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, habilitó al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante el FROB) para incrementar su participación por encima del cincuenta por ciento del capital social de SAREB, y ordenó la sujeción de SAREB a las normas que resultasen aplicables de la 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Ello se implementó mediante la modificación de la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012.

-En fecha de 5 de abril de 2022, el FROB consumó la adquisición de más del cincuenta por cien del capital social de SAREB, lo cual ha provocado, conforme al artículo 3 de la LCSP, que SAREB se convierta en una entidad del sector público, conforme al artículo 3.1.h) de la



LCSP, aunque no sea Administración pública ni reúna las condiciones para ser considerada poder adjudicador.

-Dado que SAREB está destinada a satisfacer necesidades de interés general que tienen carácter mercantil o industrial, lo cual se justifica por (i) la existencia de competitividad en el mercado en el que opera, (ii) la concurrencia de ánimo de lucro y (iii) la capacidad de la entidad para asumir el riesgo derivado de su actividad, la Sociedad se clasifica, a los efectos de la LCSP, en la modalidad de entidad perteneciente al sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador.

Según lo recogido en el epígrafe quinto del artículo 321 de la LCSP, *“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”*. En el caso de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., el organismo al cual se encuentra adscrito es el FROB.

Por último, se niega la infracción que denuncia la empresa recurrente, pues al no ser poder adjudicador no son de aplicación los preceptos indicados en el escrito, y que, en cualquier caso, está justificado en el expediente la experiencia previa requerida a los licitadores.

Quinto. Posteriormente, se ha remitido por la sociedad el Informe de actividad 2022 y un informe complementario en el que, tras analizar el régimen de contratación seguido hasta el RDL 1/2022 y al actual, defiende que la entidad no es poder adjudicador.

Para ello a partir del cambio que ha supuesto la calificación de SAREB hecha por EUROSTAT como unidad institucional del sector de las Administraciones Públicas y el consiguiente incremento de la participación accionarial del FROB (Administración Pública a los efectos de la aplicación de la LCSP), explica con detalle y reconoce que *“se cumple el requisito de estar SAREB mayoritariamente financiada o controlada por otro sujeto que tenga la condición de*



poder adjudicador pero niega el requisito atinente a haber sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.”

Explica que el análisis debe efectuarse atendiendo a las actividades actualmente desarrolladas por la entidad y no solo con relación a las necesidades de interés general para cuya consecución fue específicamente creada sino en el momento actual. En concreto, considera que debe analizarse si las actividades de SAREB están destinadas a satisfacer necesidades de interés que tengan carácter mercantil o industrial, examinando la existencia de competitividad en el mercado en el que opera, la concurrencia de ánimo de lucro y la capacidad de la entidad para asumir el riesgo derivado de su actividad, para concluir que en el momento actual realiza actividades de interés general que revisten carácter netamente mercantil o industrial con el objetivo de rentabilizar al máximo su cartera de activos.

Sobre la existencia de competitividad, defiende la existencia de otros operadores privados que realizan las mismas actividades que SAREB, sin que la participación de SAREB se realice con autoridad o disfrutando de prerrogativa alguna. SAREB compite con un buen número de entidades y bancos, con iguales líneas de actividad mercantil clásicas.

Defiende la existencia de ánimo de lucro y literalmente indica que persigue maximizar el valor de los activos transferidos, tiene un plan de negocio y elabora y presenta sus cuentas anuales como cualquier otra sociedad mercantil. De hecho, cuando incurre en pérdidas, tales pérdidas han de considerarse de mercado. En cuanto a los ingresos se refiere al apartado 3.19 del Reglamento (UE) 549/2013 y señala que obtiene más del 50% de dichos ingresos del mercado y que estos son suficientes para cubrir sus costes y que si hacemos un análisis de la evolución económica de la compañía (el cual no se aporta, al igual que el dato relativo a sus ingresos), parece claro que puede concluirse que SAREB va a obtener ingresos de mercado suficientes para cubrir cuanto menos la mitad de sus costes. Llega a concluir señalando que *“en suma ni el FROB ni ningún otro organismo público financia mayoritariamente la actividad de SAREB, sino que esta obtiene sus ingresos del mercado y se financia con capital privado.”*

Especialmente llamativo resulta que, a continuación, reconozca que *“el interés económico del estado en la marcha de SAREB como el riesgo soportado por éste como consecuencia de su actividad estén incrustados en la exégesis de la empresa y la posterior aprobación del RDL*



1/2022, esto no determina que la sociedad haya perdido su plena y total autonomía ni el carácter plenamente clásico o industrial de su actividad” (sic)

Finaliza con una referencia a la novedad que implica la incorporación del principio de sostenibilidad y su impacto en la enajenación de activos en relación con las políticas públicas de vivienda.

Acompaña este informe de dos dictámenes del Consejo de Estado emitidos sobre la no consideración como poder adjudicador del Instituto de Crédito Exterior.

Sexto. La Secretaría del Tribunal no ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, dado que a la fecha de la remisión del expediente no se han presentado ofertas.

Séptimo. Con fecha 05 de octubre de 2023, la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, resolvió denegar la solicitud medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se ha de examinar en primer término si este Tribunal es competente para resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 y en relación con este en el artículo 47, ambos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), dado que, el párrafo primero del referido precepto establece:

“En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de cinco vocales. Cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera, el número de vocales se incrementará mediante Real Decreto.”



Dados los términos en los que está planteado el debate, la controversia se contrae en analizar si SAREB reúne en el momento actual los tres requisitos exigidos en el artículo 3.3 d) de la LCSP para ser poder adjudicador, pues no es controvertido que forme parte del sector público estatal, dada la participación mayoritaria que actualmente tiene el FROB en su capital social (artículo 3.1 h) de la LCSP).

Tampoco es cuestión jurídicamente discutida la sujeción de SAREB a la Ley de Contratos del Sector Público, pues esta resulta de lo dispuesto en el apartado quinto de la disposición adicional séptima de la Ley 7/2012, de 14 de noviembre, tras su reforma por el RDL 1/2022. Sí lo es, la intensidad con la que deba serlo y en consecuencia que este Tribunal sea competente para resolver el recurso promovido frente a las decisiones adoptadas en las licitaciones que promueva.

Siendo ello así, ya anticipamos, por cuanto resulta del Antecedente de hecho Quinto de esta Resolución, que la clave se encuentra en el análisis de uno de los tres requisitos exigidos cumulativamente, para que una entidad del sector público, que no sea Administración Pública (ni fundación pública ni Mutua colaboradora con la Seguridad Social), sea considerada poder adjudicador a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por ello, sin perjuicio de que también se analice la concurrencia de los otros dos requisitos, el grueso de la Resolución se centrará en el análisis del consistente en haber sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Los requisitos exigidos por el artículo 3.3 d) de la LCSP para tener la condición de poder adjudicador. SAREB reúne los dos primeros.

El artículo 3.3 d) de la LCSP establece tres requisitos que se deben cumplir cumulativamente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, asunto C-567/15) para considerar poder adjudicador a aquellos sujetos públicos (incluidas las empresas públicas) que no tengan la consideración de Administración Pública:

1) Ser una entidad con personalidad jurídica propia distinta de las identificadas en las letras anteriores del precepto, que son las Administraciones Públicas (identificadas en los dos



apartados anteriores del artículo 3 d la LCSP), las Fundaciones públicas y las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

2) Condición de funcionalidad o finalidad, al exigirse que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan el carácter de mercantil o industrial.

3) Condición de control, ya que se requiere que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

SAREB es una entidad con personalidad jurídica propia diferente de las identificadas en las letras anteriores del artículo 3.3 de la LCSP (las letras a), b) y c) del apartado tercero, del artículo 3 se refieren a las Administraciones Públicas, las fundaciones públicas y a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social). En concreto, es una sociedad de gestión de activos conforme resulta de la Disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, que literalmente señala:

“1. El FROB constituirá, bajo la denominación de Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., una sociedad de gestión de activos destinada a adquirir los activos de aquellas entidades que el FROB determine, conforme a lo previsto en el capítulo VI de esta Ley.”

SAREB se encuentra controlada por el FROB en los términos exigidos por el artículo 3.3 d) de la LCSP.

Partiendo de la base de que el artículo 3.3 d) de la LCSP enumera tres supuestos y que concurriendo solo uno de ellos, se acreditará la condición de control, en su informe al recurso SAREB reconoce estar controlada por el FROB, quien detenta el 50,14% de su capital social y, en consecuencia, la mayoría de los derechos de voto, con el consiguiente derecho a nombrar a la mayoría de los miembros de su Consejo de Administración.

Refuerza dicha condición el pacto de accionistas y los estatutos de la sociedad, pues ambos atribuyen al FROB la mayoría de los derechos de voto y un poder de decisión relevante salvo en determinadas materia competencia de la Junta.



Como significativamente SAREB señala en su informe al recurso especial:

“las materias que requieren ese acuerdo (quorum reforzado del 95%) son muy limitadas y no afectan a la mayoría de los acuerdos competencia de la Junta, que podrían ser aprobados con el voto exclusivo del FROB.

Se debe por ello concluir que se cumple el requisito de estar SAREB mayoritariamente financiada o controlada por otro sujeto que tenga la condición de poder adjudicador.”

Atendido lo anterior, resulta indubitado que SAREB reúne dos de los tres requisitos exigidos para ser considerado poder adjudicador.

La condición de funcionalidad.

- I. La condición ha de analizarse a la luz del caso concreto

En lo que respecta a la condición de funcionalidad o finalidad, más concretamente, en cuanto al concepto de “interés general”, este no se define en el derecho comunitario ni, tampoco, en el derecho español. La Jurisprudencia comunitaria reconoce el carácter indeterminado de este concepto, al cual se ha referido, en repetidas ocasiones, aludiendo al “carácter no mercantil o industrial” que ha de tener el “interés general”, para que la entidad que deba satisfacerlo tenga la consideración de poder adjudicador, pero sin concretar su concepto.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado de determinar cuándo una entidad cumple esa condición y ha concluido que su cumplimiento ha de valorarse en cada caso concreto, *“teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes”* (STJUE de 15 de enero de 1988, Mannesmann; STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding; STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley; y STJUE de 22 de mayo de 2003, Rita Korhonen Oy, entre otras), aunque como regla general lo predica de aquellas actuaciones vinculadas al funcionamiento institucional de las Administraciones Públicas (STJUE de 15 de enero de 1998 –C-44/96 “Mannesmann”- § 24) o de las que, desarrollándose en un ámbito más propio de la actuación del sector privado, pretenden actuar no sólo en beneficio de sus destinatarios más directos, sino de la comunidad en general: así, la promoción y gestión inmobiliaria (STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01, Korhonen y otros- § 43) o la



organización de ferias y exposiciones (STJUE de 10 de mayo de 2001 –C-223/99 y C-260/99, Agora, § 34).

II. El análisis ha de ser finalista y ligado al momento actual, no solo al de creación

El artículo 3.3.d) de la LCSP establece que el análisis del requisito ha de ser finalista, al requerir que hayan sido “...creados específicamente para satisfacer necesidades...”. La Ley y la Jurisprudencia entienden el carácter finalista como la razón por la que la entidad existe, independientemente de la actividad que desarrolle.

Para que el artículo 3.3. d) sea coherente con el texto y los motivos tanto de la LCSP como de las Directivas comunitarias, se debe entender la finalidad para la que fue creada la entidad como la razón por la que la entidad existe, la cual puede variar a lo largo del tiempo en función de las necesidades que se pretenden satisfacer. Esto ha venido ocurriendo históricamente en el ámbito estatal, cuando se han adquirido empresas del sector privado por razones estratégicas, de política económica o de política social y, también, cuando empresas estatales que se encontraban sin actividad, han sido reactivadas para satisfacer necesidades muy distintas de aquellas que trataban de cubrir en el momento de su creación o adquisición.

Por todo ello, cabe entender la expresión contenida en el artículo 3.3.b) “*que hayan sido creados*” como la razón de ser actual de la entidad, en los casos en que hubieran cambiado las necesidades que, con esta, se pretendieran satisfacer.

En esta línea se manifiesta especialmente la STJ de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, caso “UNIVERSALE-BAU”, que concluye que cumple con el requisito de funcionalidad “*Una entidad que no ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, pero posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades*”.

III. Los factores a tener en cuenta: la participación en condiciones normales de mercado y la asunción del riesgo derivado de ella.

III.1. La participación en condiciones normales de mercado



Dado el carácter general del concepto acuñado por la Jurisprudencia comunitaria, la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00, Comisión contra España) también ha señalado que son indicios a valorar conjuntamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto *“la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”*.

La existencia de competencia en el mercado no implica *per se* que las necesidades de interés general que se pretenden satisfacer sean de carácter industrial o mercantil.

En efecto, la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 1998, BFi Holding señala que estamos en presencia de un poder adjudicado cuando la función es de interés general, aunque, la actividad se realice en régimen de competencia (en el mismo sentido, sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2001 C-233/99 y C-260/99, “Agora” § 38 y sentencia del TJUE de 10 de abril de 2008 –C-393/06 “Ing. Aigner § 40-).

Hay que diferenciar entre la existencia de competencia en el mercado y cómo participa en él la entidad, a efectos de su consideración como poder adjudicador.

Como expresivamente señala la Abogacía General del Estado en su Instrucción 3/2018 a los efectos de considerar o no a una entidad como poder adjudicador, *“ha de tenerse en cuenta la existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.”*

En similar sentido se pronuncia el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2020, cuando señala página 7 que *“no son poderes adjudicadores las entidades públicas que, como señala el propio artículo 2 de la Directiva, se han creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que tiene carácter industrial o mercantil, respecto de las cuales existe un mercado definido y con competencia efectiva y en el que la entidad formalmente pública es sólo un actor más de dicho mercado.”*



Y es que el análisis de la competencia en el mercado ha de realizarse, como venimos señalando, teniendo en cuenta no cómo participan otros actores en él, sino cómo lo hace la entidad pública a los efectos de ser considerada poder adjudicador.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2003, en el asunto Rita Korhonen y señala que es preciso comprobar, en particular, *si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en condiciones normales de mercado* (el subrayado es nuestro).

III.2. La asunción del riesgo.

La Jurisprudencia comunitaria da especial relevancia a los efectos de la consideración de poder adjudicador al hecho de *“la no asunción de los riesgos derivados de la actividad”*.

Lo relevante, no es que la entidad tenga ánimo de lucro, sino que su gestión se base en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, siendo un indicio de ello que no esté previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras, de modo que soporte el riesgo económico de sus actividades (STJUE de 10 de mayo de 2001 -C-223/99 y C-260/99, Agora § 40-, STJUE 16 de octubre de 2003 –C-283/00 Comisión vs Reino de España § 91-).

Aunque no se establecen afirmaciones específicas con carácter general sobre esta cuestión, en la STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01 Korhonen-, el Tribunal vincula que no se soporte el riesgo económico de las actividades a las afirmaciones realizadas por el gobierno finlandés en el sentido de que, si bien la entidad soporta los mismos riesgos económicos que una entidad privada y puede ser declarada en quiebra, *“(...) los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán a capitalizar tales sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas (...)”* (§ 53)

En relación con lo anterior, el TJUE afirma que *“(...) un organismo que tenga ánimo de lucro y soporte los riesgos derivados de su actividad, normalmente no convocará una licitación para la adjudicación de un contrato en condiciones que no estén económicamente justificadas”* (STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01 “Korhonen” -§ 51-).



Finalmente, resulta de especial interés en este sentido la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, asunto SEIPSA, de la que resulta que en ausencia de riesgo empresarial una empresa pública se comporta como poder adjudicador:

«91.A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA. 92.En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas). 93.Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. 94.De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.»

IV. La concurrencia de intereses

Por último, hay que tener en cuenta que de acuerdo con el Tribunal de Justicia, para que una entidad tenga la consideración de poder adjudicador a efectos de las Directivas, basta con que exista una actividad que satisfaga un interés general de carácter no mercantil o industrial, independientemente del volumen que esta actividad suponga con respecto al resto de actividades de carácter mercantil o industrial que la entidad desarrolle, pudiendo llegar a ser una parte muy pequeña respecto al volumen total de su actividad (STJUE de 15 de enero de 1998 –C-44/96, Mannesmann § 25-, STJUE de 10 de noviembre de 1998 -C-360/96, BFI Holding § 55-, STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, § 56, STJUE de 5 de octubre



de 2017 –C-567/15, LitSpecMet § 40-, STJUE de 3 de febrero de 2021 –C-155/19 y C-156/19 “FIGC” § 42-, STJUE de 12 de diciembre de 2022, Universale-Bau, § 54-56,).

La condición de funcionalidad en el caso de SAREB

En el contexto expuesto y para resolver la cuestión controvertida, consideramos relevantes los siguientes datos que resultan de la documentación aportada por SAREB y de la normativa que le resulta de aplicación:

- SAREB nace para satisfacer un fin de interés público, la gestión de la crisis bancaria de 2012. Su objeto social es la tenencia, gestión y administración directa o indirecta, adquisición y enajenación de los activos dañados que le transfieran las entidades financieras, por indicación del FROB (disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, y artículo 17 del Real Decreto 1559/2012).

Conforme detalla la exposición de Motivos de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, el interés público determina la creación, constitución y el régimen de funcionamiento de SAREB. Destacamos de la misma los siguientes aspectos:

“La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito ha venido a implantar en España el marco normativo general para la gestión de crisis bancarias, con el fin de que los poderes públicos dispongan de los instrumentos más adecuados para realizar la reestructuración y, en su caso, la resolución ordenada de las entidades de crédito que atraviesan dificultades. Dentro del esquema de intervención diseñado, la ley ha implantado un amplio conjunto de instrumentos de reestructuración y resolución, entendidos como aquellas medidas que puede adoptar el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, en adelante el FROB, para restaurar la situación de debilidad de una entidad de crédito. Uno de los instrumentos de reestructuración y resolución más destacados que prevé la ley, y que constituye una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico, es el relativo a la utilización de las llamadas sociedades de gestión de activos. Su cometido es permitir la concentración en una sociedad de aquellos activos considerados como problemáticos o que puedan dañar el balance de las entidades, facilitando de este



modo su gestión y logrando que, desde su transmisión, se produzca una traslación efectiva de los riesgos vinculados a estos activos...

Por lo tanto, aunque evidentemente sea de aplicación a la sociedad de gestión de activos que se crea en este momento para afrontar la actual crisis financiera, su vigor no se limita al momento en que ahora nos encontramos sino que lo trasciende, y constituye el marco jurídico de referencia que será de aplicación en todas y cada una de las situaciones en que fuera necesario recurrir a la creación de este tipo de sociedades...

Por otro lado, las disposiciones adicionales séptima a décima de la citada ley, contienen una regulación de carácter específico, ordenando la constitución de la sociedad de gestión de activos a la que se transmitirán los activos provenientes del proceso de reestructuración bancaria que actualmente se está llevando a cabo en nuestro país. Esta regulación tiene, por tanto, una naturaleza más circunstancial, enmarcada en el proceso de reestructuración de entidades de crédito actualmente en marcha....

En definitiva, estas sociedades de gestión de activos, en cuanto instrumentos de reestructuración y resolución, se orientan a facilitar el desarrollo adecuado de estos procesos en cuyo curso se apliquen. A estos efectos, de particular importancia será que, al transmitir los activos a las sociedades de gestión de activos, se produzca una traslación efectiva de los riesgos vinculados a estos activos y se minimice el uso de recursos públicos.

La SAREB se constituye como una sociedad anónima que presenta determinadas particularidades derivadas de su objeto social singular y el interés público derivado de su actividad. Su objeto está determinado por la transferencia de activos necesaria para desarrollar el proceso de reestructuración y saneamiento del sector bancario español, a acometer dentro del marco del memorando de entendimiento firmado entre las autoridades españolas y europeas el 23 de julio de 2012, para la asistencia financiera.”

- Su funcionamiento se continúa enmarcando en él.

La finalidad en su creación vinculada al interés público se refrenda de nuevo en la Exposición de Motivos del RDL 1/2022, cuando señala:



“La Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (en adelante, SAREB) fue creada en 2012, en el contexto de la crisis financiera, con el objetivo de abordar el saneamiento de determinadas entidades de crédito y preservar la estabilidad y el buen funcionamiento del sistema financiero en su conjunto. SAREB se creó como compañía de gestión de los activos que debían salir del balance de las entidades reestructuradas, y se le encomendó la gestión y enajenación de los préstamos e inmuebles para devolver la deuda suscrita en su momento por distintas entidades financieras y avalada por el Estado en un plazo que concluye en 2027.”

El Tribunal considera que esta finalidad tan específica, y única, que nadie más ostenta en el mercado, no es una finalidad de carácter industrial o mercantil, sino que responde a un interés general más elevado que el de su mera participación en el mercado, por más que, en su funcionamiento, realice actuaciones similares a las de los bancos o empresas inmobiliarias.

- Falta de participación en condiciones de mercado.

SAREB es la única sociedad de gestión de activos dedicada a gestionar (valga la redundancia) los activos dañados de las entidades financieras.

SAREB cuenta con varias especialidades *ex lege*. A modo de mero apunte:

- o La aplicabilidad del régimen especial del artículo 36.4 de la Ley 9/2012 en particular que la transmisión de activos a SAREB no podrá ser, en ningún caso, objeto de rescisión por aplicación de acciones de reintegración de la Ley Concursal y que no aplica el artículo 1535 Código Civil en cuanto a la cesión de créditos litigiosos.
- o Igualmente se ha refrendado judicialmente la no subordinación de créditos de SAREB en el ámbito concursal (vid. Sentencia de 30 de marzo de 2015 de la Sección 5ª Audiencia Provincial Zaragoza) introducida en el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, cuya disposición final 3ª modificó los artículos 36.4 y 44.2 de la Ley 9/2012 *“a efectos de que la SAREB pueda desarrollar de forma eficaz las funciones que tiene encomendadas”*.



Ambas circunstancias conducen a considerar que no participa en condiciones normales de mercado.

- La asunción del riesgo empresarial se encuentra claramente mitigada tras la modificación por el RDL 1/2022 de los apartados 3, 4 y 5 de la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de créditos.

En efecto, SAREB no se verá afectada por lo dispuesto en los artículos 327, 348 bis y 363.1 e) de la Ley de Sociedades de Capital, de forma que:

- o No tendrá la obligación de reducir su capital, cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto.
- o Se excepciona el régimen general que concede un derecho de separación al socio, en caso de no distribución de dividendos.
- o Está exonerada de aplicar la causa de disolución por pérdidas, cuando estas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Esta exoneración de un deber legal lleva aparejada la dispensa a los administradores de proceder conforme dispone el artículo 365 so pena de incurrir en un supuesto de responsabilidad solidaria por deudas sociales.

Estas excepciones del régimen jurídico aplicable a las sociedades de capital, influyen en la gestión de la compañía pues los desequilibrios patrimoniales no tienen las consecuencias ni generan las responsabilidades para los gestores que sí tienen en cualquier otra sociedad de capital.



El informe del órgano de contratación de forma inteligente no aborda este aspecto, pues claramente este supone atribuir a SAREB un status privilegiado a la hora de intervenir en el mercado, desde el momento que las pérdidas no tienen en sus cuentas ni en el funcionamiento de la sociedad, las mismas consecuencias que en sus competidoras.

- Los cambios introducidos por el RDL 1/2022 en el régimen jurídico de SAREB obedecen a una causa muy concreta: la necesidad de adaptar su estructura accionarial y su gobernanza al mayor interés económico del Estado en la marcha de SAREB y al mayor riesgo que aquél soporta como consecuencia de la actividad de la sociedad, interés y riesgo que repercuten directamente en las cuentas nacionales del sector de las Administraciones Públicas.

La afirmación anterior resulta de la reclasificación de SAREB en las Cuentas nacionales como unidad perteneciente al sector de las Administraciones Públicas, siguiendo la opinión emitida por Eurostat.

Señala así la Exposición de Motivos del RDL 1/2022 que:

“La reclasificación de SAREB en las Cuentas Nacionales como unidad perteneciente al sector de las Administraciones Públicas, siguiendo la opinión emitida por Eurostat, hace urgente y necesaria la adopción de una serie de cambios en su régimen jurídico, que permitan adaptar SAREB a la nueva realidad.”

- Por último, interesa destacar la ausencia clara de ánimo de lucro en el fomento de la actividad dirigida a satisfacer necesidades de interés general en el marco de políticas públicas de vivienda, tras el RDL 1/2022.

La Exposición de Motivos del RDL 1/2022 señala:

“En quinto lugar, se incorpora, respetando el objeto social actual de SAREB, la posibilidad de enajenación de activos en base al principio general de sostenibilidad. De este modo, SAREB podrá ceder, como parte de su política de sostenibilidad, la propiedad o uso de activos a otros organismos que desarrollen políticas de vivienda social u otras políticas con alto valor social, incorporando este factor dentro del objetivo



de optimización del valor. Hasta la fecha, en el marco de su estrategia de responsabilidad social corporativa, la compañía ya ha venido realizando en los últimos años acciones en materia de vivienda social a través de la firma de distintos convenios. Esta habilitación permite reforzar este compromiso, en aras de maximizar el impacto positivo de la compañía en la sociedad.”

Dentro de las políticas de sostenibilidad, la reforma que lleva a cabo el RDL 1/2022 permite que la compañía enfoque su actividad no tanto a la venta de activos al mejor precio y a desocupar estos, como al desarrollo de políticas de vivienda social o con alto valor social.

Más allá de una declaración formal, el informe de actividad 2022 aportado al recurso por la compañía y publicado en su sede electrónica, evidencia una vocación decidida a su desarrollo concretada en su Compromiso con la Sociedad y el desarrollo económico estructurada en tres ejes (pag.24 y ss):

- Colaboración con las Administraciones Públicas para la puesta a disposición de viviendas disponibles

“Sareb promueve la venta de vivienda asequible a la Administración Pública y particulares, así como del resto de sus activos de forma prioritaria a través de canales minoristas.

Su compromiso con las administraciones públicas se ha ido fortaleciendo con los años.

En el año 2022 se inició un programa activo de acercamiento a los municipios y comunidades autónomas para promover la compra de viviendas comercializadas por Sareb por parte de estas administraciones, con el objeto de incorporarlas a sus parques de vivienda pública en alquiler social. Una línea de trabajo que ha llevado en el año 2023 a poner una cartera de vivienda de 21.000 unidades a disposición de municipios y comunidades autónomas, con los que Sareb trabaja activamente para dar respuesta a sus necesidades.

Sareb ha cerrado numerosas operaciones de venta de suelos para equipamientos públicos con distintos ayuntamientos y Comunidades Autónomas. Cabe destacar en el año 2022 la venta de terrenos al Ministerio de Defensa en Palma de Mallorca para la construcción de la



Ciudad de la Justicia o la venta de un suelo al Ayuntamiento de Tortosa para la construcción de un centro hospitalario.

En paralelo a su actividad desinversora, Sareb muestra su voluntad por contribuir al desarrollo de las economías regionales mediante la firma de acuerdos con entidades locales para promover su mejora socioeconómica y dar respuesta a las necesidades urbanísticas de cada región.

En octubre de 2022 se inicia una nueva colaboración con la Fundación Institut Cerdà, impulsada por el Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, que tiene como objeto analizar y trabajar sobre iniciativas que contribuyan al Compromiso Empresarial Rural. Esta iniciativa suma la búsqueda de soluciones para los problemas sociales que supone la ‘España vacía’ en municipios rurales y la aproximación de la compañía con las instituciones, con la apertura de un nuevo canal económico y comercial para asuntos relacionados con la liquidación de suelos y activos rústicos de la cartera de Sareb.

Adicionalmente, atendiendo al problema de alojamiento de refugiados afectados por la guerra de Ucrania, desde la Dirección de Vivienda Social y Asequible se ha impulsado un proyecto con el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, mediante el que Sareb ofrece 34 viviendas en la localidad de Carlet, de la Comunidad Valenciana, para alojar a familias necesitadas por la crisis.

Por último, cabe recordar que Sareb mantiene desde 2013 un programa de cesión de vivienda a las Administraciones Públicas (autonómicas y locales) que son las que tienen las competencias en materia de vivienda, para atender los casos de vulnerabilidad con el soporte de los Servicios Sociales. Mediante esta iniciativa, la compañía ha puesto a su disposición un volumen relevante de viviendas para ser destinadas a alquileres sociales y asequibles. Ello se ha traducido en la firma de 61 convenios de cesión de viviendas de los que 13 se han formalizado con comunidades autónomas y los restantes con otras administraciones locales. El volumen de viviendas comprometidas por Sareb a través de esta vía ha ido creciendo a lo largo de los años, pasando de 4.000 viviendas en 2015 a 15.000 en 2021. Las comunidades autónomas que mayor uso han realizado de esta línea de colaboración con Sareb son Cataluña, Andalucía y Madrid.



La cesión efectiva de viviendas bajo convenios suscritos con las diferentes administraciones públicas ha alcanzado la cifra ligeramente superior a las 3.300 viviendas y a cierre de 2022, tras la no renovación a su vencimiento de algunos convenios o la devolución de parte de las viviendas cedidas, el número de viviendas de Sareb cubiertas por estos convenios de colaboración se sitúa en el entorno de 2.000.”

- Identificación y gestión de la vulnerabilidad y programa de alquiler social con acompañamiento sociolaboral

“Tras añadir a nuestro mandato desinversor el principio de sostenibilidad y utilidad social, Sareb puso en marcha en 2022 un nuevo modelo de gestión de la vulnerabilidad, mediante la identificación de la situación social de las familias que habitan en sus viviendas, que ha requerido la realización de un amplio ejercicio de revisión interna de los procesos de Sareb para implantar un modelo reforzado de control de riesgos en el sistema de transformación y recuperación de la posesión de activos inmobiliarios (Proyecto Vires).

Esto permite a Sareb identificar las familias vulnerables que habitan en estos inmuebles con el objetivo de fijar una política de gestión diferenciada para cada colectivo.

En el caso de las familias vulnerables, identificarlas de manera anticipada y robusta para derivarlas hacia el programa de alquiler social y acompañamiento de Sareb, aplicando así el principio de utilidad social y sostenibilidad económica.

Así, cuando se acredita la situación de vulnerabilidad de un hogar, Sareb ofrece la firma de un alquiler social limitando la renta al 30 % de sus ingresos, condicionado a que la familia se comprometa a participar en un Plan de Acompañamiento Social y en un Plan de Inserción Laboral que tienen como objetivo ayudar a superar su situación de exclusión. Se trata de un compromiso basado en la corresponsabilidad. Estos planes están diseñados para estar plenamente adaptados y personalizados a la situación de cada familia y poder darle seguimiento de forma continuada, facilitando así un canal de proximidad que permita una mayor fluidez en la relación entre las familias y Sareb.

Frente a la situación de partida caracterizada por una gestión reactiva, con casuísticas de ocupación irregulares no segmentadas que conllevan elevados niveles de impago y un deterioro tanto de los activos de Sareb como de su entorno, se da paso a una cartera de



viviendas con contratos regularizados en las que residen familias comprometidas con su mejora socioeconómica, con niveles de mora muy reducidos y una mejora del marco local de convivencia. Además de incrementar la generación de ingresos, este programa mejora la valoración de las carteras de viviendas afectadas, lo que permite afirmar que la sostenibilidad social y la sostenibilidad económica van de la mano.

Este programa, constituido por un perímetro de alrededor de 9.000 activos y que se ha puesto en marcha en septiembre de 2022 permitiendo hasta final de año entrar en contacto con cerca de 2.000 familias, constituye un pilar básico para la sostenibilidad económica y social del parque de alquiler social de Sareb y se realiza con profesionales especializados en la gestión de la vulnerabilidad, lo que nos permite aplicar criterios objetivos y estandarizados y se lleva a cabo en estrecha colaboración con los servicios sociales locales. Esperamos que durante el 1er semestre de 2023 se alcancen plenamente los objetivos del programa que consisten en la aplicación de esta política al conjunto de viviendas recibidas por Sareb en la que residen familias vulnerables.”

- Colaboración público-privada para la construcción de vivienda en régimen de alquiler asequible

“A finales del año 2022 se lanzó el Proyecto Viena, con el objetivo de destinar suelos de Sareb para la construcción de viviendas destinadas al alquiler asequible promovidas por la empresa privada. Los terrenos escogidos para este proyecto, que cuenta con asesoría externa, están repartidos por más de 110 ubicaciones en las que se ha acreditado que existe una notable demanda insatisfecha de alquiler asequible. Estos terrenos permiten la construcción de hasta 10.000 viviendas.

La cartera de suelos de Sareb posibilitará en el futuro incorporar al Proyecto Viena nuevos suelos adicionales para alcanzar el desarrollo total de hasta 15.000 viviendas en régimen de alquiler asequible.”

Los datos enunciados que resultan de la documentación aportada por SAREB y de la normativa que le resulta de aplicación, conducen a este Tribunal a considerar que SAREB no solo ha sido creada para la satisfacción de un interés general, sino que este se mantiene y refuerza tras las últimas reformas llevadas a cabo por el RDL 1/2022.



En origen, el interés general a satisfacer fue en el contexto de la crisis financiera, abordar el saneamiento de determinadas entidades de crédito, para recapitalizar y reestructurar el sector bancario, preservando la estabilidad y el buen funcionamiento del sistema financiero en su conjunto. Estos fines son claramente de interés general, no tiene carácter mercantil o industrial y están ligados estrechamente a los poderes del Estado en materia de ordenación del sistema financiero (banca y seguros); hacienda general y deuda del Estado; bases y coordinación de la política económica (art. 149 CE).

En la actualidad, ese interés ha evolucionado a devolver la deuda suscrita en su momento por distintas entidades financieras y avalada por el Estado y a mitigar las consecuencias de la crisis económica en los ciudadanos contribuyentes (el saneamiento del sistema financiero está presente en su objeto social (art. 2º)) y además se ha incrementado con la asunción del desarrollo de políticas de vivienda (art. 47 CE).

Precisamente por ello y para ello, para evitar que el puro ánimo de lucro, para impedir una gestión enfocada exclusivamente en la maximización de los ingresos, es por lo que el RDL 1/2022 excepciona la aplicación a SAREB del régimen de reducción y disolución por pérdidas, característico de las sociedades de capital.

No perjudica a la anterior conclusión que SAREB se mueva en el mercado, lo importante es cómo participa en él, que no está obligada a competir, pues no hacerlo, no tiene las mismas consecuencias que para el resto de operadores económicos. Téngase en cuenta que como hemos señalado, la doctrina del TJUE no considera concluyente la existencia o la ausencia de competencia, especialmente cuando las circunstancias evidencian una ausencia de riesgo empresarial.

Las razones anteriores, conducen a considerar que SAREB es poder adjudicador, pues además de desarrollar fines de interés general no mercantil ni industrial, tiene personalidad jurídica propia (artículo 3.1 h) de la LCSP) y se encuentra mayoritariamente participada y controlada por el FROB.

Siendo ello así, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial promovido.

Segundo. Resultan de aplicación la 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Tercero. Se recurre el PCAP que ha de regir el expediente para la adjudicación del contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 de euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto. La empresa recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En efecto, la empresa goza de legitimación para interponer el presente recurso aunque no conste a este Tribunal que haya presentado oferta en la licitación porque el certificado remitido por el órgano de contratación, ha sido expedido antes del fin del plazo de presentación de ofertas y, en particular, porque la recurrente señala que la actividad objeto de licitación figura incluida dentro de su objeto social, reflejando con ello su intención de participar en una licitación, lo cual dice se ve limitado por la actual redacción de los pliegos.

Las consideraciones anteriores unidas al hecho de que la cláusula impugnada regula un criterio de solvencia, que efectivamente condiciona el acceso a la licitación, conducen a reconocer legitimación a la recurrente conforme a la doctrina de este Tribunal (Resolución nº 978/2023 y las que en ella se citan).

Quinto. También es preciso examinar si el recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo de quince días previsto en el artículo 50.1 de la LCSP, el cual señala:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:



a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) 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 el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.”

A la vista del expediente, y de la información consignada en la Plataforma, se observa que los Pliegos se publicaron el día 13 de septiembre de 2023 en la Plataforma de Contratación, indicando el medio en el que los licitadores pueden obtener los mismos. El recurso especial se interpuso ante el registro electrónico del órgano de contratación hasta el día 27 de septiembre de 2023, por lo que, de acuerdo con los artículos antes referidos, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles que señala el artículo 50.1 de la LCSP para la interposición del recurso.

Sexto. Examinadas las cuestiones de fondo que plantea el recurso, es preciso examinar lo establecido por el Pliego de Condiciones para la Contratación (en adelante PCC) sobre la solvencia técnica, habiendo criticado el recurso que la exigencia de experiencia previa en el sector *Real Estate*, como requisito de solvencia, supone una medida extremadamente restrictiva que no se encuentra motivada, además de resultar del todo contraria a los principios de libre competencia, no discriminación e igualdad de trato, y, sobre todo, al principio de proporcionalidad. Para la empresa recurrente bastaría con acreditar la similitud entre los servicios prestados por el licitador y el servicio del contrato licitado, siendo suficiente para ello con la evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos, y por ello es indiferente el ámbito material de los mismos.

Antes de resolver esta cuestión, debemos comenzar analizando la aplicación del artículo 116 de la LCSP al caso que nos ocupa, pues el órgano de contratación la rechaza en su informe.

El artículo 116 se encuentra dentro de la Sección 1ª del Capítulo I del Título I de la LCSP, por ello resulta de aplicación a los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública,



como es el caso de SAREB, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 317 de la LCSP. Este artículo, al igual que el resto de los contenidos en el Título I del Libro Tercero de la LCSP, identifican la regulación aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, como es el caso de SAREB. Recordemos, además, que no es cuestión jurídicamente discutida la sujeción de SAREB a la Ley de Contratos del Sector Público, pues esta resulta de lo dispuesto en el apartado quinto de la disposición adicional séptima de la Ley 7/2012, de 14 de noviembre, tras su reforma por el RDL 1/2022.

Resuelta la aplicación del artículo 116 de la LCSP, pasamos a analizar cómo lo ha sido en la licitación que nos ocupa.

Así, se observa que, de acuerdo con el PCC, el contrato tiene como objeto *“asumir la gestión de Atención al Público, Clientes, Organismos oficiales o Entidades que tengan la necesidad de ponerse en contacto con Sareb para todo tipo de cuestiones de manera centralizada con integración de los distintos tipos de canales de comunicación (llamada, carta, correo electrónico y formulario web) según prioridades previamente definidas, garantizando unos niveles de servicio adecuados que alcancen la eficiencia y calidad requerida por Sareb.”*

Sobre la solvencia técnica, en la cláusula 3.2 del PCC se indica que *“será necesario que en los 3 últimos años haya dado servicio de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato por un importe medio anual de 300.000 euros a dos clientes del sector Real Estate”*.

Nada se dice en el PPT sobre el sector “Real Estate”, ni se expresa o razona que las prestaciones del contrato estén vinculadas a este sector. Se identifica como objetivo del documento:

“El objeto principal del servicio es asumir la gestión de atención al ciudadano, organismo o entidad que tenga la necesidad de ponerse en contacto con Sareb para todo tipo de cuestiones de manera centralizada con integración de los distintos canales de comunicación (teléfono, carta, correo electrónico y formulario web) según prioridades previamente definidas, garantizando unos niveles de servicio adecuados que alcancen la eficiencia y calidad requerida por Sareb



Las llamadas serán contestadas en Castellano. Sera necesario tener a uno de los agentes con nivel de inglés alto

Sareb dispone de una herramienta de gestión de ticketing (Service Now) que permite seguir la traza desde la apertura de la petición hasta su resolución. Dicha aplicación se aloja en la nube. Sera preciso revisar y reducir los tiempos de gestión actuales por cada uno de los canales

Todas las llamadas atendidas y emitidas serán grabadas. Se grabará la correspondiente locución que informe al ciudadano del horario de servicio y locución en espera informando conforme a lo establecido de la normativa vigente sobre protección de datos

Todas las consultas, peticiones y reclamaciones serán gestionadas en un plazo objetivo de 24 horas.

Las consultas son atendidas en 1º nivel. Las peticiones y reclamaciones son remitidas al gestor correspondiente responsable de la gestión objeto de la petición o reclamación.

El adjudicatario deberá de aportar un plan de contingencia que incluya los procedimientos, tiempos, actuaciones, medios y recursos necesarios para garantizar la continuidad en la prestación del servicio ante cualquier situación anómala que se pueda producir.”

Por otro lado, examinado el informe de necesidad y motivación, en el punto 7, relativo a la solvencia técnica, se constata que la misma cláusula es recogida literalmente como justificación o motivación del requisito de solvencia técnica exigido por el PCC.

Por lo que, llegados a este punto, debemos coincidir con la empresa recurrente en que el requisito de solvencia técnica exigido no está justificado ni motivado en el expediente, pues el informe de justificación se ha limitado a reproducir el idéntico contenido del PCC sin expresar la razón o fundamento de exigir de un modo concreto que el servicio se haya prestado a dos clientes del sector Real Estate. Se reitera que tampoco se expresa nada sobre este punto en el PPT.

Debemos recordar que el artículo 116.4.c) de la LCSP señala:

“4. En el expediente se justificará adecuadamente:



c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.”

Por lo que el recurso especial debe ser estimado en este punto, apreciándose que el criterio de solvencia técnico exigido no está justificado en el expediente de contratación.

Además, la falta de justificación o mínima motivación en el expediente de contratación sobre el por qué se requiere este requisito veda a este Tribunal la posibilidad de emitir un pronunciamiento en el que se examine y, finalmente se concluya, si está vinculado o no al objeto del contrato, y sí es proporcionado, o bien se aprecia un error patente, o no idoneidad o desproporcionalidad. Elementos que pueden ser examinados en vía de recurso, aun gozando el órgano de contratación de la facultad discrecional a la hora de fijar los criterios de solvencia en el PCC.

Así lo razonábamos en las Resoluciones 778/2022, de 23 de junio, 240/2021, de 5 de marzo y 252/2019 de 5 de marzo, citadas todas ellas en la Resolución 569/2023, de 4 de mayo, donde decíamos:

“[E]s al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación. Tercero. La doctrina de este Tribunal viene estableciendo que es necesaria la concurrencia de ambos requisitos (relación con el objeto del contrato y proporcionalidad) a la hora de establecer los requisitos de solvencia. Así, en la resolución n° 148/2016 de 19 de febrero, se estableció que ‘la solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se



establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo' (...)

En cualquier caso, como venimos manifestando al respecto, tratándose de cuestiones que se refieren a contenidos estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Este Tribunal solo tiene competencia para anular cuestiones ligadas a los requerimientos técnicos definitorias del objeto, solvencia o cualquier otro contenido de la documentación, si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas, no relacionadas con el objeto del contrato, o irrazonables y desproporcionadas, lo que no concurre en el presente caso”»

Por consiguiente, y en atención a la doctrina expuesta, la falta de motivación o justificación en la selección del criterio por el que se ha fijado la solvencia técnica exigida implica una infracción del ordenamiento jurídico, que incumple el artículo 116.4 de la LCSP e impide el examen del control de la vinculación al objeto del contrato y su proporcionalidad. Lo que conlleva la estimación total del recurso y la anulación de la cláusula del PCC que ha sido específicamente impugnada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. M.A.F.P., en representación de INNOVA BPO, SL contra los Pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de "Servicio de Contact Center Sareb", expediente 2023-P346, convocado por el Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A, acordando la anulación de la cláusula 3 del Pliego de Condiciones para la Contratación con los efectos que establece el artículo 57 apartado segundo in fine 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