



Roj: **SAN 4559/2012 - ECLI: ES:AN:2012:4559**

Id Cendoj: **28079230062012100533**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/11/2012**

Nº de Recurso: **131/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cinco de noviembre de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 131/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido **Abogado del Estado** en representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y la **Constructora Interurbana, S.A.** representada y defendida por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira contra Resolución de fecha, 24 de febrero de 2011 sobre **Contratos Administrativos**; y en el que la parte demandada Construcciones Galdiano, S.A ha estado representada y defendida por la Procuradora D^a Cristina Matud Juristo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Abogado del Estado interpuso, en fecha 25 de marzo de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICA A LA SALA: Tenga por presentado este escrito y teniendo por realizadas las manifestaciones contenidas en el mismo, declare inadmisibile o, subsidiariamente desestime, la pretensión de la demandante Constructora Interurbana de que se condene a la también demandante Administración del Estado a pagarle una indemnización. Con costas."

2. Por Providencia de esta Sala se excluyó de los autos 131/11 a la Constructora Interurbana a la que se había dado traslado por error para que contestara la demanda quedando únicamente como parte procesal en el 259/11, presentado escrito en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA que tenga por presentado el presente escrito en plazo y forma, lo admita, tenga por formulada la contestación a la demanda y dicte sentencia de conformidad con lo solicitado por la parte demandante, teniendo así mismo en cuenta lo que solicitó esta parte en el procedimiento ordinario núm. 259/2011, acordando, tras los trámites procesales oportunos,

(i) la anulación de la resolución de 24 de febrero de 2011 dictada por el TACRC y la confirmación de la resolución de la Mesa de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores de 29 de noviembre de 2010 por la que se excluyó a Galdiano del procedimiento de contratación;

(ii) subsidiariamente, para el caso de desestimación del pedimento anterior para el caso de imposibilidad material de ejecución de una sentencia estimatoria, condenar a la Administración demandada (Administración General del Estado) a indemnizar a Interurbana la cantidad de 506.314,72 euros en concepto de daño emergente y lucro cesante más los intereses judiciales en caso de ejecución de sentencia fuera del plazo de dos meses tras la firmeza de la sentencia; y

(iii) en todo caso, la imposición de las costas a la Administración demandada."



3. INTERURBANA interpuso recurso en los autos (259/11) en fecha 14 de bril de 2011.
4. De las demandas se dio traslado a la parte demandada Construcciones Galdiano, S.A, que ha comparecido pero no ha contestado a la demanda.
5. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni presentados escritos de conclusiones, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó, habiendo manifestado intención de hacer voto particular, la Ilma. Sra. D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA, Magistrado de la Sección.
6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo y en su acumulado recurso nº 259/2011, por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (recurso nº 131/2011) y por Constructora Interurbana, S.A (en adelante, Interurbana-recurso nº 259/2011) la Resolución de 24 de febrero de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto del recurso interpuesto por Construcciones Galdiano, S.A. contra el acuerdo de 25 de noviembre de 2010 de la Mesa de Contratación de la Subdirección General de Obras y Amueblamiento de Inmuebles en el Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

La resolución impugnada tiene la siguiente parte dispositiva

quot;Primero. Estimar parcialmente, en lo que a la alegación de la oscuridad del pliego de cláusulas administrativas particulares afecta, el recurso interpuesto por CONSTRUCCIONES GALDIANO S.A" frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de 25 de noviembre de 2010, por el que se le excluye cte la licitación para la adjudicación del contrato de "obras de demolición y construcción de la nueva residencia de la Embajada de España en Rabat", anulando el acto recurrido, y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la presente licitación.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el *artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre* ."

El referido Acuerdo de la Mesa de Contratación había excluido a dicha empresa (Construcciones Galdiano, S.A.) de la licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de obras de "*demolición y construcción de la nueva residencia de la Embajada de España en Rabat*".

2. Como antecedentes relevantes para la decisión del presente recurso es preciso señalar:

- La ahora demandada, Construcciones Galdiano, S.A., fue excluida de la licitación por no acreditar las clasificaciones 19 E y J 2 E. Dicha constructora intentó acreditar dichas clasificaciones mediante medios externos, alegando que iba a subcontratar parte de los servicios con empresas que sí las tenían, lo que fue rechazado por el Ministerio de Asuntos Exteriores al entender que ello no se ajustaba a la cláusula 7.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folio 4 del expediente administrativo).

- Frente a la decisión del Ministerio de excluirla de la contratación, Construcciones de Construcciones Galdiano recurrió ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, solicitando "*que se acuerde la admisión de la oferta de Construcciones Galdiano, S.A. en el expediente de contratación de las obras de demolición y construcción de la residencia de la Embajada de España en Rabat*" (folio 14 del expediente).

- En la resolución que ahora se impugna, el TACRC estima en parte el recurso de Construcciones Galdiano; y ello en la medida en que aprecia ambigüedad en las cláusulas 7.4 y 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato y, en consecuencia, anula el acto recurrido y ordena la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos. Sin embargo, el Tribunal Central rechaza expresamente la pretensión de Construcciones Galdiano de que se admita su oferta al no entender acreditada la clasificación requerida.

3. La "ratio decidendi" de la resolución impugnada gira en torno a la interpretación del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato litigioso y, particularmente, a la invocada contradicción propugnada por el entonces recurrente y ahora demandado, concretamente las cláusulas 7.4 in fine y 30.

De entre todos los argumentos que se contienen en la resolución impugnada destacaremos, por lo que ahora interesa, los expresados en los fundamentos de derecho Quinto y Séptimo:



"Quinto. La cuestión de fondo que se plantea en el recurso interpuesto contra la resolución de exclusión del licitador, se ciñe esencialmente a la diferente interpretación de las cláusulas del pliego, concretamente de la cláusula 7.4 in fine y 30, entendiéndose el ahora recurrente son contradictorias y que tal contradicción no puede perjudicar a los licitadores, por lo que solicita se le admita entre los candidatos.

Pues bien, al objeto de dilucidar la cuestión planteada se ha de atender a las cláusulas del pliego que se entienden contradictorias.

En este sentido, la cláusula 7.4 in fine del pliego de cláusulas administrativas y en lo que la cuestión que en el fondo se suscita, prevé literalmente que:

"Conforme a lo establecido en el artículo 54.1 de la LCSP, será requisito indispensable que la empresa licitadora cuente con la correspondiente clasificación, sin que ello pueda suplirse mediante la integración de la solvencia con medios externos, posibilidad que se entiende regulada en el artículo 52 de la LCSP, sólo para los casos en que no se exige clasificación.

La cláusula referida es suficientemente expresiva en lo que al primer inciso afecta.

Ahora bien, el último inciso es en sí mismo confuso o cuanto menos está mal redactado ya que, evidentemente no podemos hablar de "integración de la solvencia" por el simple hecho que, el contrato de que tratamos exige "clasificación" que sustituirá a la solvencia cuando así se exija (ex. Artículo 51 de la LCSP).

Por su parte y en lo que a la cláusula 30 del pliego se refiere, y en la parte que de contrario se entiende contradictoria dice así:

"No obstante, conforme a la cláusula 7.4 b) de este pliego, se aplicará el régimen establecido en el artículo 210.2, letras a) y e), de la LCSP, respecto de los contratistas identificados por el licitador para suplir la clasificación exigida para un determinado grupo".

Pues bien, la remisión a la cláusula 7.4 b) puede reputarse una mera errata pues esta cláusula no existe, ahora bien la expresión que le sigue y relativa a la suplencia de la clasificación puede inducir a error a los licitadores: Esto es, bien puede entenderse que dada la remisión a una cláusula inexistente se trata de un error o errata, pero es asimismo legítimo considerar que la cláusula 7 está incompleta debiéndose recoger tal posibilidad.

Así consecuentemente, este Tribunal, en la medida en que de las cláusulas citadas se pueden desprender diversas interpretaciones, no puede dudarse de la, cuanto menos, ambigüedad u oscuridad de las mismas, oscuridad que en modo alguno puede perjudicar a los licitadores.

Séptimo.- *Ahora bien, admitida por este Tribunal la evidente oscuridad o cuanto menos ambigüedad en las cláusulas del pliego que rige la licitación, no puede, sin embargo estimarse la consecuencia jurídica que de ello deriva la parte recurrente, esto es, que se admita su oferta al entender acreditada la clasificación requerida.*

Y ello, por la sencilla razón que, la posibilidad que contempla el artículo 54.1 (segundo inciso) de la LCSP, se refiere, tal y como del mismo se desprende, a "sectores especializados", por lo que no resulta de aplicación al supuesto que venimos examinando, lo cual, viene asimismo a confirmarse, con la simple lectura de la denominación de las clasificaciones que la recurrente trataba de suplir y que se refiere a "instalaciones eléctricas sin cualificación específica" y "ventilación, calefacción y climatización".

Consecuentemente, estimándose por el Tribunal la alegación referida a la oscuridad de los pliegos que, como Ley del contrato (ex. artículo 99 de la LCSP), no sólo debe ajustarse a la normativa vigente en la materia sino que debe ser asimismo coherente en su contenido en cuanto que es definidora de los derechos y obligaciones de las partes, habrán de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la redacción de los pliegos a fin de que estos se redacten correctamente.

Esta solución no supone perjuicio alguno para ninguno de los licitadores ya que volverán a ser valorados de acuerdo con las estrictas condiciones establecidas en los pliegos, plasmándose dicha valoración en una nueva adjudicación, la cual, también podrá ser objeto del pertinente recurso."

4. Ambos demandantes - el Abogado del Estado, que acciona al amparo de los artículos 19.4 y 44.1 de la Ley Jurisdiccional según redacción dada a los mismos por el artículo 3.3 de la Ley 34/2010 de 5 de agosto - e Interurbana coinciden en sus argumentaciones en pos de la estimación de sus respectivos recursos y consiguiente anulación de la resolución recurrida.

- En primer término, alegan la vulneración del artículo 317.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), que exige que la resolución acordada en los recursos especiales en materia de contratación debe ser congruente con la petición.



- En segundo lugar, alegan error de la resolución impugnada sobre la supuesta ambigüedad de las cláusulas 7.4 y 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Por último, tampoco entienden conforme a Derecho el razonamiento de la resolución recurrida sobre la aplicación del artículo 1288 del Código Civil para entender que las cláusulas controvertidas son oscuras y, como la oscuridad favorece al órgano de contratación, deben ser anuladas.

Hasta aquí el planteamiento coincidente de los codemandantes. Pero Interurbana formula, si bien con carácter subsidiario, otra petición *"para el caso de desestimación del pedimento anterior o para el caso de imposibilidad material de ejecución de sentencia estimatoria"*, formulando una petición de indemnización por primera vez en su escrito de demanda, petición a la que el Abogado del Estado opone la inadmisibilidad, al amparo del artículo 69 c) LJCA en relación con el artículo 25 de la misma Ley, por ausencia de acto administrativo recurrido o, subsidiariamente por falta de agotamiento de la vía administrativa y por desviación procesal.

5. Para analizar el primero de los motivos de recurso hemos de partir de la petición formulada por Construcciones Galdiano en su recurso administrativo, que no fue otra que la siguiente: *"se acuerde la admisión de la oferta de Construcciones Galdiano, S.A. en el expediente de contratación de las obras de Demolición y Construcción de la residencia de la Embajada de España en Rabat"*.

El deber de congruencia cuyo incumplimiento denuncian los demandantes no es exclusivo de la Ley 30/2007 (el artículo 317.2 señala que *"todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación..."*) sino que es un principio fundamental de nuestro Derecho Procesal y que rige también el procedimiento administrativo. En este sentido, el artículo 89.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común impone a los órganos administrativos dictar resoluciones con un contenido congruente con las peticiones de los interesados, petición que en este caso concreto se limitó a la admisión de la oferta.

Sin embargo el TACRC en la resolución impugnada rechaza la petición de la recurrente, esto es, *"que se admita su oferta al entender acreditada la clasificación requerida (fundamento jurídico Séptimo de la Resolución)*. Y sin embargo anula las cláusulas 7.4 y 30 por apreciar ambigüedad y ordena la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la redacción de pliego, pliego de cláusulas administrativas particulares que, además, no había sido recurrido en tiempo y forma por Construcciones Galdiano que limitó su recurso - se insiste - a la decisión de la Mesa de Contratación consistente en excluirle de la licitación de las obras en cuestión (así resulta de la literalidad del anuncio de su recurso especial obrante en el expediente administrativo folio 2).

En definitiva, nos encontramos ante una incongruencia *"extra petita"* doblemente ilógica ya que, de una parte, la motivación legal y fáctica de la resolución conllevaba necesariamente la desestimación del recurso especial interpuesto (la no admisión de la oferta que es lo que se pedía) y, de otra, porque se anula lo que nadie había pedido y, más aun ni podía pedir, ya que el pliego de cláusulas administrativas particulares no había sido impugnado en tiempo y forma (artículo 314.2 a) LCSP).

6. Lo anterior es ya suficiente para estimar los recursos interpuestos. Pero igualmente resultan incorrectas las apreciaciones que se hacen en la resolución impugnada acerca de la ambigüedad de las cláusulas 7.4 y 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, si bien es cierto en todo caso -incluso los recurrentes no lo niegan- que contienen errores de dicción y desde luego que su redacción es poco afortunada.

El último párrafo de la cláusula 7.4 del Pliego, refiriéndose a los documentos que se han de presentar los licitadores para acreditar la clasificación necesaria, dice con toda claridad que *"Conforme a lo establecido en el artículo 54.1 de la LCSP, será requisito indispensable que la empresa licitadora cuente con la correspondiente clasificación, sin que ello pueda suplirse mediante la integración de la solvencia con medios externos, posibilidad que se entiende regulada en el artículo 52 LCSP sólo para los casos en que no se exige clasificación"*.

Por su parte, la cláusula 30, relativa a la subcontratación, en la parte que la resolución considera ambigua, dice lo siguiente:

"No obstante, conforme a la cláusula 7.4 b) de este pliego, se aplicará el régimen establecido en el artículo 210.2, letras a) y e) de la LCSP respecto de los subcontratistas identificados por el licitador para suplir la clasificación exigida en un determinado grupo".

Bien es cierto que el último párrafo de la cláusula 30 se refiere erróneamente a la posibilidad de *"suplir la clasificación exigida"*, pero ello no pasa de ser un mero error material evidente. En efecto, si bien la cláusula 30 se remite a la cláusula 7.4 b), no existe, por ello sólo ha de inducir a confusión ya que de la misma no puede deducirse que cabe suplir la clasificación exigida porque en ningún caso la posibilidad de subcontratar

significa poder suplir la clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a través de subcontratistas.

Así resulta con toda claridad de la Ley 30/2007, que regula la materia en los siguientes términos:

"Artículo 51. Exigencia de solvencia.

1. *Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

2. *Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.*

Artículo 52. Integración de la solvencia con medios externos.

Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

Artículo 53. Concreción de las condiciones de solvencia.

1. *En los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.*

2. *Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 206, letra f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 196.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.*

Artículo 54. Exigencia de clasificación.

1. *Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.*

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato.

2. *La clasificación será exigible igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente.*

3. *Por Real Decreto podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o acordar su exigencia para tipos de contratos de obras y servicios en los que no lo sea, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos.*

4. *Cuando no haya concurrido ninguna empresa clasificada en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación podrá excluir la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, precisando en el pliego de cláusulas y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 64, 65 y 67.*

5. *Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato".*



El artículo 54.1 sólo contempla la posibilidad de subcontratar la ejecución de porciones de obras que exijan la intervención de empresas especializadas "que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional", lo que no es el caso de las obras litigiosas. De hecho, la propia denominación de las clasificaciones exigidas en el Pliego de Cláusulas que pretendía suplir el hoy demandado es suficientemente explícita, cuando se refiere a: "instalaciones eléctricas sin cualificación específica" y "ventilación, calefacción y climatización"; por lo tanto, la posibilidad contemplada en el artículo 54.1 no resulta aplicable al presente caso. El propio Tribunal Administrativo en su resolución afirma que el artículo 54.1 párrafo segundo "no resulta de aplicación al supuesto que venimos examinando, en cuanto el artículo se refiere a **sectores especializados** y añade que ello viene a confirmarse con la simple lectura de la denominación de las clasificaciones que la recurrente trataba de suplir". La posibilidad de subcontratar no significa poder suplir la clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas a través de subcontratistas y, por otra parte, la posibilidad de subcontratar no exime al contratista de acreditar la clasificación exigida. La subcontratación está sujeta a la reunión de los requisitos establecidos en el artículo 210.2 de la Ley 30/2007 que en ningún momento contempla la posibilidad de suplir una falta de clasificación del contratista por el subcontratista.

Por ello, aun habiendo existido errores materiales en la redacción de las cláusulas de referencia, lo que no deja lugar a ninguna duda es el sentido de la rectificación al ser en todo caso la clasificación indispensable, tal y como lo demás entiende el propio TACRC que consecuentemente debió haber apreciado la existencia de una mera irregularidad formal no invalidante, pues, en definitiva, la Mesa de Contratación actuó correctamente al carecer el licitador excluido de la clasificación requerida, en lugar de ordenar la retroacción acordada.

7. Lo anterior conduce a la estimación de los recursos interpuestos y, en consecuencia, a la anulación de la resolución de 24 de febrero de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, petición ésta principal formulada también por Interurbana S.A. quien, no obstante, subsidiariamente "para el caso de desestimación del pedimento anterior" (se refiere a la anulación de la resolución impugnada) "o para el caso de imposibilidad material de ejecución de una sentencia estimatoria", solicita además una indemnización de la cantidad 506.313,72 euros en concepto de daño emergente y lucro cesante más los intereses judiciales en caso de ejecución de sentencia fuera del plazo de dos meses tras la firmeza de la sentencia.

Esta petición debe ser inadmitida, como se solicita por el Abogado del Estado al amparo del artículo 69 c) de la Ley Jurisdiccional, por tratarse, en efecto, de una petición formulada por un demandante a otro demandante y en todo caso absolutamente ajena al presente recurso en los términos en los que ha sido planteada.

8. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso así como su acumulado, con la paralela anulación de la resolución administrativa impugnada por su disconformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

- **ESTIMAR** los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el **Abogado del Estado y por Constructora Interurbana S.A.** contra la Resolución de 24 de febrero de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que anulamos por su disconformidad a Derecho.

- Declarar la inadmisibilidad de la petición indemnizatoria formulada por Constructora Interurbana S.A.

Sin empresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 131/2011, CON FECHA 5 DE NOVIEMBRE DE 2012.



Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, se centra en los siguientes aspectos:

PRIMERO : No comparto la apreciación de incongruencia que se contiene en la sentencia a la que se formula el presente voto particular.

Efectivamente, es cierto que ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la petición formulada por Construcciones Galdiano en su recurso administrativo, fue la siguiente: *"se acuerde la admisión de la oferta de Construcciones Galdiano, S.A. en el expediente de contratación de las obras de Demolición y Construcción de la residencia de la Embajada de España en Rabat"* .

También lo es que el Tribunal Central de recursos Contractuales resolvió como sigue:

"Estimar parcialmente, en lo que a la alegación de la oscuridad del pliego de cláusulas administrativas particulares afecta, el recurso interpuesto por CONSTRUCCIONES GALDIANO S.A" frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de 25 de noviembre de 2010, por el que se le excluye de la licitación para la adjudicación del contrato de "obras de demolición y construcción de la nueva residencia de la Embajada de España en Rabat", anulando el acto recurrido, y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la presente licitación."

Ahora bien, entiendo que no se produce incongruencia porque el Tribunal de Recursos Contractuales lo que determino, así resulta de la fundamentación de la Resolución, es que las cláusulas 7 y 30 inducían a confusión y por ello, en tanto tal confusión no desapareciera, no era posible resolver la admisión de Galdiano a la licitación. Esto es, la confusión de las cláusulas impedía apreciar si la entidad reunía los requisitos para ser admitida a la licitación. De ahí que articula una estimación parcial, esto es, que se resuelva la oscuridad de las cláusulas para después determinar si Galdiano ha de ser aceptada a la licitación, como sin duda resulta de los razonamientos de la resolución impugnada.

Existe una estimación parcial en cuanto se anula el acto de adjudicación, petición sostenida por Galdiano, pero no se reconoce la situación jurídica individualizada pretendida - la admisión a la licitación -, en cuanto no puede resolverse sobre ello dada la oscuridad de las cláusulas señaladas, y por ello es necesario aclararlas para posteriormente resolver dicha pretensión.

Entiendo que en este modo de operar no existe incongruencia extra petita en cuanto se resuelve directamente las pretensiones de la recurrente.

SEGUNDO : Entiendo, además, que la Resolución impugnada es ajustada a Derecho por cuanto existe, efectivamente, una contradicción entre las cláusulas 7 y 30.

La cláusula 7 señala:

"Conforme a lo establecido en el artículo 54.1 de la LCSP, será requisito indispensable que la empresa licitadora cuente con la correspondiente clasificación, sin que ello pueda suplirse mediante la integración de la solvencia con medios externos, posibilidad que se entiende regulada en el artículo 52 LCSP sólo para los casos en que no se exige clasificación".

Pero, como se especifica en la resolución impugnada, la cláusula 30 establece:

"No obstante, conforme a la cláusula 7.4 b) de este pliego, se aplicará el régimen establecido en el artículo 210.2, letras a) y e) de la LCSP respecto de los subcontratistas identificados por el licitador para suplir la clasificación exigida en un determinado grupo"

La referencia que se realiza a *suplir la clasificación exigida en un determinado grupo* , claramente implica que puede acudir a la subcontratación para suplir la clasificación, que es precisamente lo que realiza la actora como consta en el expediente administrativo - folios 127 y siguientes -.

La razón de decidir de la sentencia de la que respetuosamente discrepo, es que la Ley 30/2007 no permite la integración de la clasificación. Tampoco comparto este planteamiento por las razones siguientes:

1.- El artículo 210 de la citada Ley establece en lo que ahora interesa:

"1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario."

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido

por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización....

e. Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación"

Pues bien, de la cláusula 30 parece deducirse que puede acudir al mecanismo del artículo 210 para *suplir la clasificación exigida en un determinado grupo*.

Si, como se razona en la sentencia, esta cláusula es ilegal, el resultado habría de ser el mismo que se aprecia en la resolución impugnada, la anulación de la adjudicación y retroacción para que se subsane el defecto.

2.- Pero entiendo que la cláusula no es ilegal. El régimen del artículo 54.1 de la Ley, al que se remite la cláusula 7, establece:

"1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato."

La clasificación exigida en el pliego es: C2F, C9E, I9E y J2E. Galdiano sostuvo que el supuesto que contemplamos se encuentra incluido en el artículo 54.1 segundo párrafo, puesto que las dos últimas clasificaciones hacen referencia a empresas especializadas, concretamente respecto de "Instalaciones eléctricas sin cualificación específica" e "Instalaciones mecánicas de ventilación, calefacción y climatización", que son las que se subcontratan y sin que, según afirma, la parte de obra contratada es del 14,92% del total cumpliendo con ello el límite del artículo 210.2 e) de la Ley 30/2007 . (Escrito de recurso ante el TACRC, folios 124 y siguientes del expediente)

Desde este punto de vista, la subcontratación no sería contraria a la previsión de la cláusula 7, pues el límite viene referido al artículo 54.1 de la Ley, que expresamente permite la subcontratación con empresas especializadas, que es la interpretación realizada por la recurrente.

Aún cuando se niega en la resolución impugnada el carácter especializado de los trabajos cuya subcontratación se pretende, los son, puesto que el contrato adjudicado lo es de demolición y construcción, correspondiente al Grupo C:

"Grupo C) Edificaciones

Subgrupo 1. Demoliciones.

Subgrupo 2. Estructuras de fábrica u hormigón.

Subgrupo 3. Estructuras metálicas.

Subgrupo 4. Albañilería, revocos y revestidos.

Subgrupo 5. Cantería y marmolería.

Subgrupo 6. Pavimentos, solados y alicatados.

Subgrupo 7. Aislamientos e impermeabilizaciones.

Subgrupo 8. Carpintería de madera.

Subgrupo 9. Carpintería metálica."

Y los trabajos que se pretenden subcontratar corresponden a los Grupos I y J:

"Grupo I) Instalaciones eléctricas

Subgrupo 1. Alumbrados, iluminaciones y balizamientos luminosos.

Subgrupo 2. Centrales de producción de energía.



- Subgrupo 3. Líneas eléctricas de transporte.
- Subgrupo 4. Subestaciones.
- Subgrupo 5. Centros de transformación y distribución en alta tensión.
- Subgrupo 6. Distribución en baja tensión.
- Subgrupo 7. Telecomunicaciones e instalaciones radioeléctricas.
- Subgrupo 8. Instalaciones electrónicas.
- Subgrupo 9. Instalaciones eléctricas sin cualificación específica.
- Grupo J) Instalaciones mecánicas
 - Subgrupo 1. Elevadoras o transportadoras.
 - Subgrupo 2. De ventilación, calefacción y climatización.
 - Subgrupo 3. Frigoríficas.
 - Subgrupo 4. De fontanería y sanitarias.
 - Subgrupo 5. Instalaciones mecánicas sin cualificación específica."

Pues bien, siendo grupos distintos hemos de entender que se encuentran en la referencia del artículo 54.1 de la Ley 30/2007 : "... por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación..."

En resumen, el planteamiento que se sostiene en este voto particular es el siguiente:

1.- Existe una contradicción entre la cláusula 30 y la 7 porque la primera permite *suplir la clasificación exigida en un determinado grupo*; cual es el caso actual porque estamos ante Grupos distintos, Grupo C) Edificaciones, Grupo I) Instalaciones eléctricas y Grupo J) Instalaciones mecánicas; por remisión a la cláusula 7.4 b) que no existe.

2.- Esta contradicción no puede entenderse como una mera errata. El razonamiento de la sentencia se basa en que siendo legalmente imposible suplir la clasificación exigida por medio de la subcontratación, según el artículo 54.1 de la Ley 30/2007 , la remisión a la cláusula 7.4 b) es un error material. Pero si atendemos a la interpretación del artículo 54.1 en relación a los diferentes Grupos de clasificación, no sería legalmente imposible la subcontratación de los trabajos especializados, Grupos I y J, siempre con el límite del artículo 210.2 en cuanto al porcentaje de obra.

No existe obstáculo en el precepto citado para completar la clasificación en los términos previstos en el artículo 54.1.

3.- Entiendo por tanto que es ajustada a Derecho la resolución impugnada a fin de que se retrotraiga lo actuado, y, tras aclarar la relación entre las cláusulas 30 y 7, se resuelva, respecto de la exclusión de Galdiano, lo que en derecho corresponda.

No ha sido objeto de discusión la relevancia de la falta de contestación a la demanda por Galdiano. Por ello sólo he de decir que la falta de contestación no es equivalente a un allanamiento, por lo que no puede entenderse aceptadas por dicha entidad las pretensiones actoras.

Entiendo que **debió desestimarse el recurso y confirmar la Resolución impugnada** .

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.