



Roj: **SAN 4878/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4878**

Id Cendoj: **28079230042013100393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/10/2013**

Nº de Recurso: **3548/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de octubre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **3548/2012** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido las **ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (AFELIN)**, representadas por el Procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, y asistida del Letrado D. Jaume Figueras Coll, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de julio de 2012, que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha entidad contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas del "Acuerdo Marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio español; y contra la resolución del mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2012, que desestima el recurso interpuesto contra el mismo Pliego, tras su modificación como derivada de la resolución del TACRC de 12/07/2012.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTIN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 5 de octubre de 2012, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 18 de octubre de 2012, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

TERCERO.- La parte actora presentó escrito en fecha 11 de enero de 2013, solicitando la ampliación del recurso a la resolución el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 14 de diciembre de 2012.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 25 de enero de 2013 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) acuerde la anulación del acto administrativo recurrido y de los pliegos administrativos particulares y pliegos de prescripciones técnicas de que trae causa con retroacción del expediente al momento de la aprobación de los pliegos estableciéndose unos lotes con cuantías y ámbitos geográficos inferiores que no impidan al 95% de empresas del sector la participación en la licitación del acuerdo marco>>.

QUINTO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 27 de mayo de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

SEXTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo el día 16 de octubre de 2013, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.



La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 12 de julio de 2012 que estimaba parcialmente, anulando el anexo II del Pliego, el recurso especial en materia de contratación que habían interpuesto las ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (en adelante, AFELIN), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas del "Acuerdo Marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio español"; así como la resolución del mismo Tribunal de fecha 14 de diciembre de 2012 que desestima el recurso interpuesto contra el nuevo Pliego, modificado como consecuencia de la resolución anterior.

SEGUNDO. - Los antecedentes fácticos de los que hemos de partir son los siguientes:

1.- La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DUOE y en el BOE, los días 8, 12 y 18 de junio de 2012, la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación urgente, del "Acuerdo Marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio español", con una duración de dos años, prorrogables por otros dos.

2.- La licitación del Acuerdo Marco se divide en ocho lotes: siete de ellos por zonas geográficas y el lote 8 corresponde a los centros hospitalarios del Ministerio de Defensa en varias provincias. La adjudicación de cada lote se hará a un único licitador y se celebrará una subasta electrónica de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 del TRLCSP, basada en variaciones referidas al precio anual total ofertado.

3.- AFELIN interpuso recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, solicitando que se modificaran los mismos por: 1) restringir la competencia al utilizar de forma abusiva el instrumento del Acuerdo marco y establecer lotes por importes demasiado elevados y zonas geográficas demasiado extensas; 2) Falta de motivación de la utilización del procedimiento de urgencia, 3) deficiencias en la información proporcionada que imposibilitan poder efectuar una oferta fundamentada, en concreto alega que en la relación de personal faltan datos imprescindibles (categoría, antigüedad, clave del contrato, horas) para el cálculo de los costes de la subrogación del personal, lo que imposibilita también el poder efectuar una oferta fundamentada.

4.- El TACRC estimó parcialmente el recurso en esta última cuestión, y anula el anexo III del Pliego, ordenado retrotraer el procedimiento para la elaboración de unos nuevos pliegos en los que se contenga la información relativa al personal a subrogar (art. 120 TRLCSP).

5.- El 24 de julio de 2012, el Presidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa dictó resolución por la que acordaba la retroacción del expediente para la elaboración de nuevos pliegos de acuerdo con lo dispuesto en la resolución del TACRC, manteniendo en vigor todos los actos y trámites del expediente ya realizados cuyo contenido se hubiera mantenido igual y, en particular, la declaración de urgencia.

6.- El 11 de octubre de 2012 se dicta resolución aprobando los nuevos Pliegos de de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas.

7.- AFELIN interpuso recurso ante el TACRC contra esta resolución, planteando las mismas cuestiones no estimadas en el recurso anterior, esto es, que la utilización del instrumento del acuerdo marco, junto a la distribución y configuración de los lotes a licitar y el procedimiento de urgencia en la tramitación, obstaculizan y restringen la competencia, y por tanto, contravienen lo dispuesto en el artículo 196.1 del TRLCSP.

8.- El recurso fue desestimado por resolución del TACRC de 14 de diciembre de 2012, reproduciendo los fundamentos de la resolución de 12 de julio de 2012.

TERCERO. - La parte actora opone en la demanda los siguientes motivos de impugnación:

1) Nulidad del expediente de licitación por la indebida e injustificada declaración de urgencia en la tramitación del expediente.

2) Los términos establecidos en el Pliego de Condiciones para la licitación del Acuerdo Marco determinan una utilización abusiva.

3) La configuración de los lotes vulnera lo dispuesto en el art. 196 del Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público porque restringe y obstaculiza la competencia.



4) La configuración de los lotes vulnera lo dispuesto en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público porque discrimina a las empresas e infringe el principio de igualdad de trato.

5) La Cláusula 15 del PCAP vulnera lo dispuesto en el art. 198 TRLCSP

CUARTO.- El primer motivo de impugnación es la nulidad del expediente de licitación por la indebida e injustificada declaración de urgencia en su tramitación.

Manifiesta que la declaración de urgencia que consta en el expediente se basa, en esencia, en la preceptiva obtención e incorporación al expediente de la autorización para contratar del Consejo de Ministros, la celebración de subasta electrónica, la exigencia de un plazo adicional para la posterior tramitación de los contratos derivados del Acuerdo marco y la posibilidad de finalización de los contratos actualmente en vigor que podía provocar una situación de inexistencia de cobertura de un servicio tan esencial para las instalaciones del Ministerio de Defensa.

Y muestra su disconformidad con el hecho de que esas causas sean suficientes para justificar la declaración de urgencia, pues alega que el Ministerio de Defensa, ya el 11 de noviembre de 2011, había publicado en el DOUE dicha licitación; la necesaria autorización del Consejo de Ministros no justifica la declaración de urgencia dado que se celebran con periodicidad suficiente para que no sea obstáculo a la pretendida celeridad del procedimiento; la fecha de finalización de los contratos vigentes es conocido por el órgano de contratación, el cual debe programar con suficiente antelación los trámites de la nueva licitación, además del mecanismo de la prórroga de los contratos que puede evitar esa falta de cobertura.

QUINTO.- El artículo 112.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone que "Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada".

En el presente caso, consta en el expediente la declaración de urgencia realizada por el órgano de contratación, en la que se justifica la urgencia en base a las circunstancias que pone de manifiesto por la parte recurrente, esto es: 1) La estrategia de contratación del servicio de limpieza en instalaciones del Ministerio de Defensa fue actualizada el 9 de noviembre de 2011, teniendo por objeto reducir el gasto, optimizar el servicio, facilitar el seguimiento de la ejecución de los contratos, homogeneizar las especificaciones y racionalizar la prestación del servicio, incrementando el nivel de satisfacción de los usuarios; 2) La preceptiva obtención e incorporación al expediente administrativo de un acto necesario en la tramitación, como es la autorización para contratar del Consejo de Ministros (art. 317.1.a) TRLCSP), conlleva una demora adicional en los plazos ordinarios de la tramitación del expediente; 3) La celebración de una subasta electrónica y la exigencia de un plazo adicional para la posterior tramitación de los contratos derivados del Acuerdo Marco por cada uno de los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, hace que se alcance el plazo máximo permitido por el TRLCSP para su adjudicación; 4) Debido a la complejidad de la tramitación del expediente descrita y ante la posibilidad de finalización de los contratos actualmente en vigor que podría provocar una situación de inexistencia e cobertura de un servicio tan esencial para las instalaciones del Ministerio de Defensa, como es el del servicio de limpieza, es necesario acelerar la tramitación del nuevo expediente para evitar demoras retrasos debido a los trámites previos necesarios y a la posterior formalización de los contratos que del acuerdo marco se derivan.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo de modo constante y uniforme que la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público (Sentencia de 27 de febrero de 2008 -rec. 5608/2004 -).

En el caso de autos, las razones que expone la Administración para declarar la urgencia del expediente se refieren en su mayor parte a la necesidad de realizar una serie de trámites que forman parte del propio procedimiento y que son conocidos previamente por la Administración, por lo que el hecho de que sea necesaria la autorización del Consejo de Ministros, o la necesidad de celebrar una subasta electrónica y la exigencia de un plazo adicional para la posterior tramitación de los contratos derivados del Acuerdo Marco por cada uno de los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, no justificarían la declaración de urgencia pues la misma, lo que no puede hacer es, sabiendo que hay que realizar esos trámites retrasarse en el inicio



del expediente para después intentar acelerar el procedimiento declarando la urgencia del expediente. Como ha declarado el Tribunal Supremo, el procedimiento ordinario que no puede discrecionalmente sustituirse por el de urgencia salvo cuando existan razones suficientes para ello. De modo que ese proceder no puede ser consecuencia de la demora con que la Administración ha actuado en el desarrollo de sus obligaciones, para más adelante pretender acelerar las mismas en detrimento de la garantía que para el interés general supone el procedimiento ordinario frente al excepcional que es el de urgencia, y que no puede pretender transformarse de ese modo en general. (Sentencias de 19 de noviembre de 2004 -rec. 5262/2000 - y 27 de febrero de 2008 -rec. 5608/2004 -).

El motivo que mayor entidad tiene a efectos de justificar la declaración de urgencia es el último, esto es, la posibilidad de finalización de los contratos actualmente en vigor que podría provocar una situación de inexistencia de cobertura de un servicio tan esencial para las instalaciones del Ministerio de Defensa. Según se indica en el Informe emitido por la Junta de Contratación en relación con el recurso especial, estos contratos finalizarían el 1 de noviembre de 2012. Y si bien es cierto como señala la parte recurrente, que esa fecha debía ser conocida por el órgano de contratación a efectos de iniciar la tramitación del expediente con tiempo suficiente, hay que tener en cuenta una circunstancia que también se pone de manifiesto en dicho informe, y que justificaría el retraso en ese inicio y la necesidad de acudir al procedimiento de urgencia, cual es el retraso en el ejercicio 2012 en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, que no permitió conocer, con la suficiente anticipación los recursos efectivamente asignados.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo, pues la declaración de urgencia estaba justificada por la necesidad de evitar la falta de cobertura contractual del servicio, que se produciría al finalizar los contratos vigentes (el 1 de noviembre de 2012), antes de que se pudiera formalizar los nuevos contratos derivados del Acuerdo Marco, no habiendo sido posible iniciar el expediente con tiempo suficiente para tramitarlo por el procedimiento de urgencia debido a la imposibilidad de conocer los recursos asignados al efecto, como consecuencia de ese retraso en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para 2012.

SEXTO.- En cuanto a los motivos de impugnación referentes al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, alega que la cláusula 15, que establece que el acuerdo marco se adjudicará por cada uno de los lotes a la oferta económicamente más ventajosa, es decir, que una sola empresa será la firmante del acuerdo marco por cada lote, supone una utilización abusiva del sistema del acuerdo marco con vulneración del artículo 196.1 TRLCSP, pues establece barreras de entrada tácitas que se configuran por el hecho de que las empresas que por mayor tamaño puedan ofertar para ser adjudicatarias de un lote, sólo representan como mucho el 5% del sector y restringe y obstaculiza la competencia, además de vulnerar el principio de igualdad, teniendo en cuenta además el elevado importe de cada uno de los lotes y las zonas geográficas tan amplias de cada uno de ellos.

El artículo 196 TRLCSP establece que: "1. Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

2. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

3. La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados".

La utilización del Acuerdo Marco en este caso se adopta tras una prueba piloto realizada para las instalaciones de Defensa en la Comunidad de Madrid, y viene justificada en el expediente (Estrategia de contratación del servicio de limpieza) por los objetivos de reducir el gasto, homogeneizar las especificaciones, racionalizar la prestación del servicio, facilitar el seguimiento de la ejecución de los contratos derivados e incrementar el nivel de satisfacción de los beneficiarios. Para ello, además de cambiar el parámetro de gestión del servicio de contratar actividad (horas/personas) se contratará limpieza de metros cuadrados, y la contratación se efectuará en forma centralizada por parte de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa mediante un Acuerdo Marco, con vigencia de dos años prorrogables por otros dos, y llevándose a cabo la adjudicación por el procedimiento abierto.

El número de lotes se establece a partir de las propuestas de los Cuarteles Generales, concretándose en 8 lotes: 7 de ámbito geográfico, y el octavo para los hospitales y centros de IGESAN, con un adjudicatario por lote.



El ahorro previsto con esta modalidad de contratación, comparando el gasto tradicional a realizar con contratos descentralizados, se cuantifica en el entorno del 30%, lo que supone un importe de 84 M?.

SÉPTIMO.- Partiendo de los objetivos previstos, hemos de concluir que la adjudicación del acuerdo marco a una sola oferta, la más ventajosa económicamente, por cada uno de los lotes, no supone una utilización abusiva del mismo, toda vez que viene justificada por la finalidad de reducir el gasto y racionalizar y homogeneizar la prestación el servicio y la ejecución e los contratos, se utiliza el procedimiento abierto y el plazo de duración es de dos años, inferior al permitido por el artículo 196 TRLCSP.

Este precepto permite expresamente que el acuerdo marco pueda concluirse con uno o varios empresarios, y, como pone de manifiesto la resolución impugnada, el principio general que se deriva del artículo 86 del TRLCSP es la no fragmentación del contrato, siendo excepcional la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. A tenor de dicho precepto "(...) 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto".

Alega la parte recurrente que los lotes son de elevada cuantía y comprenden zonas geográficas muy amplias, pero hay que tener en cuenta que ello es necesario para conseguir los objetivos previstos de racionalización del gasto, y por otro lado, no resulta acreditado que ello suponga barreras de entrada o vulnere la competencia o el principio de igualdad, teniendo en cuenta la posibilidad puesta de manifiesto por el TACRC de que las diferentes empresas se unan creando una UTE para poder concurrir.

La pretensión de la parte recurrente de que se establezcan más lotes iría en contra de ese principio general de no fragmentación del contrato e impediría la consecución de los objetivos previstos.

OCTAVO.- Finalmente, opone que la referida cláusula 15 vulnera el art. 198 TRLCSP, en cuanto permite que, si una vez firmado el acuerdo marco con el único licitador que haya ofrecido la mejor propuesta, y en ejecución del mismo no puede iniciarse alguno de los contratos derivados, el Ministerio de Defensa abre la posibilidad a que el órgano de contratación pueda acudir al procedimiento negociado.

Tal motivo también ha de ser rechazado, pues el artículo 198 TRLCSP al establecer que "Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél", no excluye la posibilidad prevista en el art. 170 TRLCSP de acudir al procedimiento negociado si esos contratos derivados, finalmente, no pueden iniciar su ejecución.

NOVENO.- En virtud de lo expuesto, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente cuyas pretensiones ha sido desestimadas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo nº **3548/2012** interpuesto por la representación procesal de las **ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (AFELIN)** , contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de julio de 2012, que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha entidad contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas del "Acuerdo Marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio español; y contra la resolución del mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2012 , que desestima el recurso interpuesto contra el mismo Pliego, tras su modificación como derivada de la resolución del TACRC de 12/07/2012.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ