



Roj: **SAN 1323/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1323**

Id Cendoj: **28079230042016100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **503/2014**

Nº de Resolución: **142/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000503 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05554/2014

Demandante: PRESENCIA BY MA S.L

Procurador: DOÑA SILVIA ALBITE ESPINOSA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a nueve de marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número 503/2014, interpuesto por PRESENCIA BY MA S.L. representada por la procuradora doña Silvia Albite Espinosa, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de 2014, que desestimaba el recurso especial deducido frente al acuerdo de la mesa de contratación de 23 de junio de 2014, por que se excluía a la entidad del procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014, convocado por el Consejo Económico y Social.

Ha comparecido en calidad de demandado la Administración General del Estado, representada por el abogado del Estado.



Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por PRESENCIA BY MA S.L. representada por la procuradora doña Silvia Albite Espinosa, se interpuso el 3 de octubre de 2014 recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de 2014, que desestimaba el recurso especial deducido frente al acuerdo de la mesa de contratación de 23 de junio de 2014, por el que se excluía a la entidad del procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014, convocado por el Consejo Económico y Social.

Por decreto de 18 de noviembre de 2014, se admitió a trámite requiriendo a la Administración para la remisión 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, lo que hizo mediante escrito presentado el 3 de junio de 2015.

Tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando que «*[D]icte en su día la correspondiente sentencia, acordando: A) Revocar la Resolución de 30 de julio de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, confirmatoria de la exclusión de mi mandante del citado concurso; B) Declarar la nulidad e improcedencia de la referida exclusión le ha causado daños que han de ser indemnizados en la suma de 27.361,95 €, con sus intereses correspondientes; D) .[...]*»

TERCERO .- Por el abogado del Estado se contestó a la demanda mediante escrito presentado el 6 de julio de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO .- 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 2 de marzo de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto de impugnación, en el presente recurso, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo TACRC) de 30 de julio de 2014, que desestimaba el recurso especial deducido frente al acuerdo de la mesa de contratación de 23 de junio de 2014, por el que se excluía a PRESENCIA BY MA S.L. (en lo sucesivo «Presencia») del procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014, convocado por el Consejo Económico y Social.

La razón por la que la mesa de contratación excluyó a la actora del procedimiento de contratación fue porque no reunía el requisito de la doble clasificación exigida (grupo, subgrupo y categoría), U-4-c y L-5-c, que se recogió tanto en el anuncio de licitación publicado en el BOE de 7 de mayo de 2014, como en el apartado 19 de la hoja resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas, comunicado a la entidad el 25 de junio de 2014.

La resolución del TACRC comienza su discurso analizando la falta de impugnación de los pliegos por parte de «Presencia», en la medida que la doble clasificación que dio lugar a su exclusión del procedimiento ya era conocida por la recurrente desde la publicación del anuncio. Cita anteriores pronunciamientos y considera que se trata de una cláusula afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho, lo que habilita a los licitadores a «recurrir contra el acto de aplicación de los mismos», incluso cuando fuera presentado el recurso fuera del término establecido a tal efecto. En cuanto al fondo, confirma el criterio de la mesa de contratación, en cuanto estamos ante un contrato mixto, lo que permite la doble clasificación en un subgrupo diferente, sin que ello signifique restricción alguna de la competencia al exigir una mayor solvencia, puesto que nada impedía a una empresa dedicada a una sola de las prestaciones, acudir con una UTE con otras empresas complementarias.

SEGUNDO .- «Presencia», en su escrito de demanda, tras resumir como se sucedieron los acontecimientos, sostiene la improcedencia de la exclusión, sustancialmente por no ser necesaria la doble clasificación y porque esta no se desprendía expresamente del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares, puesto que no se utiliza la conjunción copulativa «y» cuando se especifica la clasificación. Se trata de una ilegalidad en cuanto exige una solvencia duplicada, resultando suficiente para la prestación de los servicios ofertados la clasificación en el Grupo L, Subgrupo 5, Categoría d, con la que contaba la recurrente. Prueba de ello es la adjudicación en anteriores ocasiones para el mismo tipo de servicios ofertados. Sostiene que se trata de una injustificada restricción de la libertad y competencia, adjudicando el contrato a una entidad cuyas condiciones



económicas eran menos ventajosas que las ofrecidas por la actora; reclama los daños que la ilegal exclusión le ha supuesto y que cuantifica en un total de 27.361,95 euros.

TERCERO .- Lo primero que debemos destacar son los particulares razonamientos de la resolución impugnada, en la medida que en congruencia con lo expuesto y el acto impugnado, la decisión hubiera sido no de desestimación sino de inadmisibilidad del recurso especial entablado por «Presencia».

Observamos cierta incongruencia interna en el TACRC cuando, después de la exposición que hace respecto del alcance que la clasificación tiene en el proceso de contratación, es evidente que tanto en la convocatoria y los pliegos de condiciones administrativas se desprendía sin dudas razonables este requisito. También lo es que a pesar de todo no fueron impugnados o cuestionados por la entidad hasta que no se vio excluida por la mesa de contratación por su insuficiente clasificación. A pesar de los razonamientos sobre la supuesta nulidad de pleno derecho que los problemas en torno a la clasificación pudieran suponer, en el último párrafo de la resolución dice que « *[E]n consecuencia, no habiendo sido los pliegos recurridos en tiempo y forma, no se aprecia causa de nulidad de pleno derecho que lleve a anular la exigencia de clasificación que los mismos contienen .»*.

La exclusión por la mesa de contratación que fue objeto del recurso especial y que ahora se revisa, no fue más que consecuencia directa del cumplimiento de una exigencia previa, de la que era concedora la recurrente. En definitiva, todas las quejas debieron proyectarse sobre el anuncio o los pliegos de condiciones administrativas.

El recurso especial contemplado en los artículos 40 y ss del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por los que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16 de noviembre) y para los contratos contemplado en el apartado, tendrá como objeto:

« a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. [...] ».

Efectivamente, pueden ser objeto del recurso especial, tanto los anuncios como los pliegos y demás documentos contractuales en que se fijen las condiciones de contratación, así como actos posteriores de trámite en el procedimiento de adjudicación, que como la exclusión acordada por la mesa de contratación, impidan a un licitador continuar con el proceso. Sin embargo, no significa que pudiendo y debiendo recurrir el anuncio o los pliegos, por supuestos vicios o defectos que en ellos se contengan, tengan abierta los administrados, de manera permanente, la vía de impugnación de los actos posteriores cuando no recurrieron en plazo.

Como establece el artículo 133 Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto (BOE de 5 de septiembre), en relación a la Indicación de la clasificación de las empresas en los contratos de obras en relación con los proyectos, establece que si resultase exigible la clasificación « *[e]l órgano de contratación, al aprobar los proyectos de obras, fijará los grupos y subgrupos en que deben estar clasificados los contratistas para optar a la adjudicación del contrato, a cuyo efecto, el autor del proyecto acompañará propuesta de clasificación. Se tendrán en cuenta, además, las siguientes normas: a) El órgano de contratación hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de la licitación la clasificación exigible a los licitadores. [...] »*. En el presente caso, en el propio anuncio de licitación publicado en el BOE de 7 de mayo de 2014, en el punto 7 relativo a los Requisitos específicos del contratista, se indicaba: « *a) Clasificación (grupo, subgrupo y categoría): U-4-c y L-5-c.* ». Pocas dudas ofrece la lectura del anuncio sobre las dos clasificación exigidas a los contratistas licitadores, para el contrato de servicios cuyo objeto era el « *[p]rocedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014* ». El pliego es reiteración de lo dicho por el anuncio.

Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, tal y como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011 , FJ 9º), que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), « *[e]l pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo [...] »*.

Por ello, no es posible impugnar los anuncios o los pliegos de cláusulas con ocasión de posteriores actos, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que « [e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos" [...] ». Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013 , FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad del anuncio en la licitación o en las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno el anuncio o los pliegos que no han combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la exclusión en la licitación o en la adjudicación, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

Lo dicho nos llevaría a la desestimación del presente recurso. Sin embargo, el TARCR no inadmitió y sí desestimó el recurso especial, por lo que en congruencia con la respuesta dada por el órgano de la Administración, debemos entrara a valorar los motivos de fondo invocados por «Presencia».

CUARTO .- Aunque lo dicho en el anterior razonamiento resulta igualmente válido para la desestimación del recurso, no obstante debemos hacer algunas consideraciones sobre lo que la recurrente considera una improcedente restricción de la competencia al elevar el grado de solvencia de los licitadores con la doble clasificación exigida.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46, del Real Decreto 773/2015 , en su redacción vigente en el momento procesal que nos ocupa [antes de la modificación llevada a cabo por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto (BOE de 5 de septiembre y con entrada en vigor el 5 de noviembre de 2015)], y para la clasificación de los contratos de servicios, se remitía a lo dispuesto para los de obra en su artículo 36 « con excepción de su apartado 4, y con la salvedad de que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, a que se refiere su apartado 2, párrafo a), no podrá ser superior a dos ».

Este precepto reglamentario en que se regula la clasificación que los órganos de contratación pueden exigir a los licitadores de un contrato, establece que « 1. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente. 2. Cuando en el caso anterior, las obras presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obras correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes: a) El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro .». Como podemos observar, en los contratos de servicios, la limitación en la doble clasificación de subgrupos contemplados para los contratos de obra pasa de cuatro a dos.

La limitación en la exigencia de la doble (servicios) o cuádruple (obras), como vemos opera a nivel de subgrupo, es decir, no le puede exigir la Administración contratante al licitador que, incluido dentro de un grupo, le sea exigible su calificación en otros subgrupos, salvo que, por las particularidades y singularidades, a la obra le sea «excepcionalmente» exigible su clasificación en más de uno de los subgrupos del grupo general en el que el licitador se halle encuadrado.

Como vemos, no es el caso enjuiciado, donde la exigencia de la doble clasificación tiene lugar a nivel de grupo, como se anunció en la oferta y en los generales términos que contempla el artículo 133 del Reglamento, que no establece restricción alguna a que la Administración pueda requerir para el licitador su inclusión en más de un grupo. La restricción a la que se refiere el artículo 46, por remisión al 36, está en la doble clasificación del subgrupo.

En definitiva, la Administración en un contrato de servicios no puede exigir a un licitador que esté clasificado en dos o más subgrupos, dentro de un grupo, salvo que concurren circunstancias excepcionales. Ello no impide a la contratante exigir al licitador que esté clasificado en dos grupos diferentes, en función de las particulares circunstancias del contratado a adjudicar.

QUINTO .- Lo dicho en el anterior razonamiento nos lleva a valorar esas circunstancias que tuvo en cuenta la Administración, para exigir la doble clasificación de los licitadores.



Para ello, nos remitidos a lo expuesto por el órgano de contratación, recogido en los pliegos y de lo que tuvo puntual conocimiento «Presencia» en fase administrativa.

A tenor de los servicios que se debían prestar, se valoró por el órgano de contratación que en atención al objeto del contrato, no se podían englobar, ni tan siquiera en un solo grupo, de ahí que tanto la convocatoria como posteriormente el pliego exigieran esta doble clasificación. Además de la organización de los eventos y encuentros, era precisa la infraestructura para los servicios de viajes, gestiones de reserva de vehículos, de documentos de viajes, de alojamiento y manutención, de traslados, con una gran cantidad de desplazamientos a diferentes países.

Como dice el informe del órgano de contratación, que pasamos a reproducir, se optó por incluir « [e] subgrupo de agencias de viajes, ya que como señala el Anexo II del Real Decreto 1098/2001 "los servicios de gestión y mediación para el transporte y alojamiento y la organización de servicios turísticos ". Del mismo modo y junto a los anteriores, en el Pliego de Prescripciones Técnicas se señala que entre los servicios a realizar están los de organización de eventos, por lo que también optó el órgano de contratación por exigir el subgrupo de organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones, requisito éste último que sí cumple la empresa recurrente. (...) dicha clasificación en el subgrupo de agencias de viaje (U-4) es necesaria junto a la de organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones (L-5), puesto que las dos actividades son propias y esencia del objeto a la vista del Pliego de Condiciones Técnicas y por consiguiente está adecuada a lo recogida en el artículo 46 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 (...) además de la exigencia requerida de las clasificaciones, nos parece obvio a pesar de la insistencia de la empresa recurrente, también exigir las categorías C para ambos grupos y subgrupos, puesto que el contrato tiene un valor estimado de 566.500 euros y la referida categoría abarca desde 300 mil a 600 mil euros . [...] ».

Los argumentos de la Administración distan de ser ilógicos, arbitrarios o no razonables; ha dado una cumplida explicación de por qué exigió la doble clasificación que, como hemos visto, no está prohibida por la legislación aplicable, sin que la actora aporte otros motivos o razones, en el marco de la legalidad, que justifiquen la estimación del recurso.

SEXTO .- De los anteriores razonamientos se desprende que el presente recurso debe ser íntegramente desestimado, condenando a la recurrente a las costas causadas al amparo de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de esta jurisdicción .

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PRESENCIA BY MA S.L., contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de 2014, que confirmamos íntegramente, así como el acuerdo del que trae causa, condenando a la recurrente a las costas causadas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación** , siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido 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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.