



Roj: **SAN 3281/2016 - ECLI:ES:AN:2016:3281**

Id Cendoj: **28079230042016100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **114/2015**

Nº de Resolución: **347/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **TACRC, 12-12-2014,**
SAN 3281/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000114 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00929/2015

Demandante: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJES (CEAV)

Procurador: D. VICENTE RUIGOMEZ MURIEDAS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a uno de junio de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso contencioso- administrativo **núm. 114/2015** interpuesto por la **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJES (CEAV)**, representada por el Procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, y asistido del Letrado D. Jaume Figueras Coll, contra la resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TEARC); habiendo sido parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2015, la representación procesal del recurrente expresado, presentó escrito interponiendo el presente recurso contencioso-administrativo, que fue admitido a trámite mediante Decreto de fecha 5 de marzo de 2015, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado en fecha 13 de mayo de 2015, en la que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, 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 inferiores que, no impidan al 95% de empresas del sector la participación en la licitación>>

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de junio de 2015, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, solicitó que se dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- 4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 22 de octubre de 2015 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 19 de mayo de 2016 se señaló para votación y fallo el día 25 de mayo de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Expresa el parecer de la Sala el Magistrado designado ponente, Ilmo. Sr. D IGNACIO DE LA CUEVA ALEU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJES (CEAV) impugna en este proceso contencioso-administrativo la Resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TEARC), desestimatorio del recurso especial interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas reguladoras del CONTRATO DE AGENCIA DE VIAJES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (expediente núm. 11/2014 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación).

SEGUNDO.- En lo que nos interesa, los pliegos frente a los que la recurrente dirige su reproche de ilegalidad contemplan la existencia de los siguientes cuatro lotes:

- Lote 1: Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa.
- Lote 2: Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Industria, Energía y Turismo y Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Lote 3: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de la Presidencia y Presidencia del Gobierno, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y Ministerio de Justicia.
- Lote 4: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Ministerio de Empleo y Seguridad Social y Ministerio de Fomento y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Y el valor estimado de 171.011.189,00 euros se reparte del siguiente modo:

- Lote 1: sesenta y cuatro millones setecientos setenta y tres mil seiscientos ochenta euros (64.773.680,00 euros).
- Lote 2: treinta y seis millones tres mil treinta euros (36.003.030,00 euros).
- Lote 3: treinta y cuatro millones quinientos cincuenta y ocho mil trescientos treinta y nueve euros (34.558.339,00 euros).
- Lote 4: treinta y cinco millones seiscientos setenta y seis mil ciento cuarenta euros (35.676.140,00 euros).

Aun cuando el recurso se dirige directamente contra la resolución del TEARC, lo cierto es que ningún reproche autónomo se dirige frente a esta resolución, sino tan sólo no haber reparado las vulneraciones de legalidad que se atribuyen a los pliegos de contrato licitado, vulneraciones de legalidad que pasamos a estudiar seguidamente.

SEGUNDO.- En primer término se alega que la AGE venía contratando los servicios de agencia de viajes separadamente para cada Ministerio por considerar a cada uno de ellos una unidad funcional que así lo aconsejaba. Por el contrario los Pliegos han configurado la contratación como un contrato único y centralizado



para toda la AGE y se ha dividido en cuatro lotes cuyas dimensiones y características generan que se vulnere el principio de igualdad y el de libre competencia al impedir que participen en la licitación la mayoría de las empresas del sector. Ello iría además en contra de la orientación de las directivas comunitarias (plasmada en las reformas legales que cita), las cuales tratan de favorecer la participación cada vez mayor de las PYMES en la contratación pública debido su gran importancia en la generación de empleo.

La Sala no comparte la apreciación de la demandante, pues se sustenta en la preferencia de la demandante por una opción distinta de aquella que ha adoptado la Administración a la hora de licitar el contrato en cuestión. Sin embargo lo que nos compete es enjuiciar si la Administración ha tomado una opción -la contratación única dividida por lotes- que está en su mano tomar y si al hacerlo ha perseguido la satisfacción del interés general a partir de una base valorativa razonable.

Con respecto a lo primero, el artículo 86.3 del TRLCSP dispone sobre el objeto del contrato lo siguiente:

"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

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.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2."

Según se desprende del precepto acabado de transcribir la división del contrato en lotes constituye una opción que la Administración puede adoptar cuando el objeto del contrato sea susceptible de división en unidades funcionales susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y con ello no se trate de fraccionar la cuantía del contrato para eludir los requisitos de publicidad ni los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda. Pues bien, en el presente caso ha quedado acreditado que el número de lotes y los Ministerios que se comprenden en cada lote es consecuencia de la identificación de distintos perfiles de viajeros elaborados en función de las necesidades de seguridad, criticidad, seguimiento, tipo de medios de transporte, frecuencias y destinos preferentes. Se trata de criterios plenamente razonables frente a los que la demandante esgrime su particular criterio, según el cual lo más adecuado era el mantenimiento de la atomización por Ministerios de la contratación del servicio de agencia de viajes. En realidad el demandante no combate la idoneidad de la división por lotes sino que propugna que, en definitiva, cada Ministerio constituya una unidad funcional integrante de un lote distinto, pero no razona por qué no se ajusta a la legalidad la agrupación de los Ministerios que integran cada uno de los lotes en que se ha dividido el contrato.

La consecuencia es que la Administración ha tomado una de las opciones posibles -la contratación única dividida en lotes- con fundamento elementos objetivos plenamente razonables y persiguiendo la satisfacción del interés general mediante la contratación única que permite un ahorro de fondos públicos según experiencias anteriores de contratación única por lotes.

TERCERO.- En una segunda y complementaria línea de razonamiento se sostiene que la irracional división de los lotes genera que lo elevado de su valor estimado determine que también los requisitos de solvencia sean tan elevados que sólo un reducido número de compañías los cumplen, anulándose prácticamente de este modo la competencia para concurrir a la licitación.

Tampoco considera la Sala que este motivo de impugnación haya de ser estimado. Es cierto que la relevancia del valor estimado de cada lote determina los requisitos de solvencia exigibles, pero este sólo hecho no es suficiente para afirmar que haya quedado excluida la competencia por falta de licitadores, pues lo determinante es que la contratación única y la división por lotes resulten adecuadas. Sigue latiendo aquí la discrepancia de la actora en punto al modelo de contratación elegido por considerar que era más adecuada la elección de un sistema de contratación del servicio de agencia de viajes por cada ministerio separadamente.

Por lo demás, tampoco es cierto que como consecuencia de los requisitos de solvencia elegidos el número de empresas con capacidad de licitación se haya reducido hasta el extremo de casi predeterminar las empresas



con posibilidades de acceder a la contratación. Es lógico que no todas las empresas estén en condiciones de participar en la licitación de todos los contratos, sino que sólo aquellas de dimensión y capacidad técnica y organizativa adecuada al contenido y naturaleza de contrato puedan hacerlo, sin que exista obligación alguna de la Administración de dimensionar los lotes a la medida del tamaño y capacidad organizativa más o menos usual o medio de las empresas del sector prescindiendo de sus necesidades objetivas y de la optimización del gasto. Es preciso resaltar a tal efecto que la acomodación de las dimensiones de la empresa a las necesidades de la contratación pública puede lograrse a través de la constitución de uniones temporales de empresas que permitan a las de menor tamaño concurrir conjuntamente. Se trata de una posibilidad que además trata de facilitar el Ordenamiento a través, por ejemplo, de la dispensa de la formalización la UTE en escritura pública hasta que se haya logrado la adjudicación -art. 59.1 TRLCSP.-

Finalmente, tampoco la prueba practicada a instancias de la actora corrobora su tesis. El certificado de la propia Confederación Española de Agencias de Viajes, según el cual de las 1428 empresas asociadas tan sólo 5 cumplen los requisitos de solvencia exigidos, no resulta definitivo, toda vez que atiende únicamente a las empresas asociadas a la Federación demandante pero se desconocen la importancia cuantitativa y, sobre todo, cualitativa de las empresas asociadas. Su fuerza de convicción no es, por ello, completamente unívoca, pues dependerá de si las empresas de mayor tamaño están o no asociadas o si, por el contrario, se agrupan en la federación agencias de viajes de dimensión media y pequeña. Por el contrario, los datos certificados por el INE revelan que las empresas con más de 150 trabajadores que se exigen para los lotes 2, 3, y 4 son al menos 20, sin que se aporten datos de los que tienen personal superior a los 200 que se exigen para el lote 1, a lo que ha de unirse que, según los datos de la Dirección General de Patrimonio (no rebatidos por la parte) son 79 las empresas que reúnen la clasificación necesaria y podrían acceder a la licitación; razones todas ellas que conducen a rechazar este motivo del recurso en íntima relación con el anterior.

CUARTO.- Se aduce también que los requisitos de experiencia en el sector público que se exigen al Coordinador del Contrato, a los Responsables del Centro Gestor y a los Técnicos de Gestión de Viajes, constituyen una barrera de acceso incompatible con el respeto a la libre competencia que proclama el art. 1 TRLCSP. Su argumentación la sustenta en la reproducción del informe de la CNMC, pero tal informe se emitió en relación con una versión no definitiva de los pliegos en los cuales la totalidad de los años de experiencia exigidos al Coordinador del Contrato, a los Responsables del Centro Gestor y a los Técnicos de Gestión de Viajes habían de serlo en el sector público. Sin embargo, atendiendo al contenido del indicado informe los pliegos aportados moderaron estas exigencias combinando la exigencia de experiencia en el sector público y el sector privado. Y aun cuando la experiencia se exige mayoritariamente en el sector público, lo cierto es que nada se argumenta sobre la base del texto definitivo, por lo que no puede tampoco atenderse esta alegación en la medida en que, parafraseando lo afirmado con reiteración por el Tribunal Constitucional, no nos corresponde reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de la parte "no solamente abrir la vía para que podamos pronunciarnos, sino también proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar ..." (STC 96/2015, de 25 de mayo , entra otras muchas).

QUINTO.- Resta por analizar el reproche de vulneración del principio de igualdad que la demandante considera producida por los distintos requisitos de solvencia exigidos a las empresas españolas y extranjeras no comunitarias (clasificación en el grupo U, subgrupo 4 y categoría D) frente a los requeridos a las empresas extranjeras comunitarias (determinado volumen de negocios, personal y experiencia previa).

A fin de argumentar la discriminación la demandante reproduce un párrafo del informe de la CNMC en el cual se afirma la conveniencia de homogeneizar los requisitos de solvencia exigidos a las empresas españolas y a las comunitarias. Ahora bien, mientras que la CNMC argumenta desde una posición de objetiva defensa de la libre competencia, a la demandante le corresponde la defensa de sus intereses legítimos y, consecuentemente, la pretensión de nulidad que ejercita exige evidenciar que la diferencia de trato puesta de manifiesto le perjudica, pues no defiende la legalidad sino, insistimos, sus intereses legítimos a partir de la vulneración del Ordenamiento jurídico en que considere que incurrió la actuación administrativa de la que se trate.

Se aprecia por tanto el mismo déficit de argumentación que respecto de la alegación analizada en el anterior fundamento, no obstante lo cual ha de resaltarse que la diferencia en el modo de acreditar la solvencia, que no en la exigencia misma de solvencia, se encuentra amparada en el TRLCSP. Mientras la inexigibilidad de la clasificación para los empresarios comunitarios se sustenta en el art. 66.1 ("*No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurren al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia.*"), la obligación de acreditar la solvencia mediante la clasificación de la empresa se ampara en lo dispuesto en el art. 65.1.b) en relación con la Disposición Transitoria 4ª. Es la modificación del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, producida mediante el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, la que suprime la exigibilidad de la clasificación en los contratos de servicios, circunstancia que pasa a ser condición suficiente y



medio de acreditación de la solvencia del empresario, alternativo a los determinados en el anuncio de licitación y en los pliegos de cada contrato por el órgano de contratación, o en su defecto a los establecidos en el artículo 11 del Reglamento.

SEXTO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA , determina su imposición a la parte demandante.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 114/2015, deducido contra la Resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TEARC), desestimatorio del recurso especial interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas reguladoras del CONTRATO DE AGENCIA DE VIAJES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (expediente núm. 11/2014 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación).

Imponer las costas a la parte demandante.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo, recurso de casación ordinario, en el plazo de diez días, a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución. Art. 89 LJCA), 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 día mismo 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.