



Recurso nº 544/2014

Resolución nº594/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de julio de 2014.

VISTO el recurso presentado por D.^a M.A.R., en representación de la empresa PRESENCIA BY MA, S.L., contra el acuerdo de exclusión de 23 de junio de 2014 dictado en el procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014; el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 11 de abril de 2014 se envió al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y con fecha de 7 de mayo de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de licitación del Consejo Económico y Social por el que se convoca procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014, con un valor estimado de 566.500 euros.

En el anuncio se indica: " 7. *Requisitos específicos del contratista:*

a) Clasificación (grupo, subgrupo y categoría): U-4-c y L-5-c."

Segundo. En lo que nos interesa, la "Hoja Resumen " del PCAP señala:

"1.- Objeto del-servicio: El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es la prestación del servicio de organización y gestión de los viajes, alojamientos y todas otras necesidades logísticas que sean necesarias para llevar a cabo las actividades programadas por el Consejo, como socio operativo, dentro del proyecto EUROSOCIAL, durante el año 2014. (...)

19.-Clasificación exigida:

GRUPO	SUBGRUPO	CATEGORIA
U	4	C
, L	5	C

(...) *Pronunciamiento sobre si el licitador puede suplir la clasificación exigida para un determinado grupo aportando el compromiso de subcontratación con una empresa especializada a que se refiere el párrafo segundo del artículo 65.1 de la LCSP (punto V111.6.1 A) b. 4.5 del Pliego):*

No procede"(...)

35: Subcontratación

En los términos previstos en la ley de contratos de servicios públicos.(sic).

Y en el PPT:

"2. DESCRIPCIÓN DE LOS SERVICIOS A REALIZAR

Los servicios a prestar serán la gestión, de lo siguientes servicios:

1. Las gestiones de reserva, emisión, modificación, anulación y entrega de los títulos de viaje que resulten necesarios con motivo de los desplazamientos y estancias que por razones del servicio realice el personal adscrito al CES y, en general, las personas que realicen viajes nacionales o internacionales con cargo al proyecto EUROSOCIAL gestionado por el CES.

2. Asimismo la empresa adjudicataria efectuará las reservas de alojamientos y vehículos que resulten necesarias para los fines descritos, siempre en contacto con los comisionados a fin de solventar cualquier necesidad de última hora.

3. Organización de los eventos que le encomiende el CES. Las operaciones objeto del presente contrato serán las siguientes:

> Recepción de las solicitudes de desplazamiento.

- *Gestión de los documentos de viaje (pasaje y bono de hotel) y de aquellos de carácter oficial que sean necesarios para la realización de desplazamientos (visados, seguros, excesos de equipaje, etc.).*
 - *Contratación y reserva de los servicios de conformidad con la normativa en vigor.*
- > *Seguimiento administrativo de las operaciones y formalización de los medios de pago.*
- > *Archivo de expedientes.*
- > *Organización de eventos.*
- > *Cualquiera otra de naturaleza análoga que tenga relación con la gestión de las actividades del proyecto.*

Estos servicios sólo se cobrarán en el caso de que sean necesarios.

Los precios de los viajes y alojamientos ofertados por la Agencia de Viajes no podrán superar los precios máximos establecidos en los presupuestos de las actividades en las que el CES tome parte dentro del proyecto EUROSOCIAL (...)."

Los servicios se relacionan en el epígrafe 4 del Pliego de Condiciones Técnicas; refiriéndose el epígrafe 7 a los servicios de viajes; el epígrafe 8 a los servicios de alojamiento y manutención; el epígrafe 9, a los servicios de restauración; y el epígrafe 10, a los servicios en concepto de equipos y medios audiovisuales y de telecomunicación, personal, y servicio de interpretación simultánea.

Tercero. La Mesa de contratación se reunió para abrir los sobres de documentación general, el 23 de junio de 2014.

Una vez abiertos los sobres, la Mesa de contratación valoró que la Empresa PRESENCIA BY MA, S.L., no cumplía con los requisitos específicos del contratista (punto 7 a) clasificación) del anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Estado el 7 de abril de 2014 y del apartado 19 de la hoja resumen del Pliego de Cláusulas administrativas, comunicándose lo a la empresa con fecha de 25 de junio de 2014.

Debe destacarse que se habían presentado cuatro empresas, resultando admitidas tres de ellas.

Cuarto. Contra la citada exclusión, PRESENCIA BY MA, S.L. presentó el 4 de julio de 2014 el presente recurso especial, en que alega en esencia que no debió ser excluida, ya cuenta con la clasificación correspondiente al Grupo L, Subgrupo 5, Categoría D. Entiende que la exigencia de clasificación aparecía como alternativa en el pliego- haciendo referencia a precedentes administrativos-; Que el servicio fundamental a que se refiere el contrato es la organización de eventos, con todo lo que de servicios accesorios ello conlleva; Que en todo caso, pese a la diversidad en los distintos servicios a prestar por la entidad que resultara adjudicataria, el epígrafe 3 de la Hoja Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, expresa claramente que no procede el desglose por lotes, manteniéndose en todo momento la unidad del contrato sometido al concurso, por lo que entiende que *"cabe destacar -dada la unidad del contrato sometido al concurso- la ilegalidad que supone una doble clasificación de la categoría C, que equivale a exigir una solvencia económica duplicada, completamente desproporcionada en relación a la cuantía del contrato."* Y añade que *"En este sentido cabe añadir que para este mismo tipo de contratos de servicios de organización de eventos, de estas características, el Consejo Económico y Social, ha venido invitando a lo largo del tiempo, indistinta y simultáneamente, a Agencias de viaje, y a Organizadores de congresos; adjudicando en ocasiones los contratos, a las Agencias de viaje (Viajes El Corte Inglés, Viajes Evasión, etc.), y en otras ocasiones a los Organizadores de Congresos, (AIM, Presencia by Ma, etc.). Así debe señalarse que en 2013, que el Consejo Económico y Social invitó al concurso de EUROSOCIAL, a Viajes El Corte Inglés y a la empresa ahora excluida, resultando adjudicataria entonces esta empresa, con base en un Pliego de Condiciones, de contenido prácticamente idéntico, al que ahora se invoca como base de la exclusión impugnada."*, considerando la exclusión contraria al principio de buena fe.

También señala que la doble exigencia de clasificación resulta desproporcionada, *"por suponer una exigencia de solvencia económica duplicada, muy superior a la requerida por la cuantía del contrato; (...)Igualmente habría de calificarse de desproporcionada, la exigencia de una doble clasificación, puesta de manifiesto en el acuerdo de exclusión impugnado, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y considerando que contratos*

de servicios idénticos o muy similares al que es objeto del presente concurso, han sido desempeñados sin ningún problema, a plena satisfacción de la Administración contratante ."

Y, por último, señala que " *el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (que) preceptúa que dicha exigencia está determinada por lo establecido en el artículo 36 del citado Reglamento; añadiéndose que el número de subgrupos exigibles -salvo excepciones- no podrá ser superior a dos en los contratos de servicios; lo cual está en contradicción con la clasificación exigida en el presente caso, que se extiende a dos Grupos diferentes como antes se ha explicado, para un contrato de servicios en el que nunca antes la Administración había considerado la necesidad de dicha doble clasificación"; Considerándolo, en resumen, una clara restricción a la competencia.*

El informe del órgano de contratación señala que no había duda alguna en la clasificación exigida para la contratación, como lo muestra que "*ninguna empresa ha impugnado los pliegos"; Añadiendo que ello "implica conforme a abundante jurisprudencia, la aceptación incondicional del Pliego y sus requisitos específicos exigidos, y ahora recurre el acto de trámite por el que se le excluye por no cumplir los requisitos establecidos, cuando si la entidad recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos..."*

Añade también que "*Las dos clasificaciones exigidas (U-4-c) y (L-5-c) entendemos que son las adecuadas para el objeto del contrato. Las dos clasificaciones son: Grupo U) Servicios generales-Subgrupo 4. Agencias de viajes- Categoría C, cuando la anualidad media sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros y Grupo L) Servicios administrativos- Subgrupo 5. Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones- Categoría C, cuando la anualidad media sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.*" Y que " *Para demostrar el carácter alternativo de la clasificación, la empresa recurrente adjunta, entre otras, documentación relativa al concurso de la Red Eures, si bien parece omitir que en el anuncio de licitación publicado en el BOE de 13 de marzo de 2013 en el apartado 7 dispone la conjunción "o". Caso por consiguiente disímil del nuestro en el que se exige con la conjunción "y".*

Añadiendo que el objeto del contrato comprende servicios propios de gestión de viajes y de organización de eventos; Y que *" 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."*

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 10 de julio de 2014 para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, no habiendo evacuado este trámite ninguno de ellos.

Sexto. Por Resolución de 18 de julio de 2014, el Tribunal acuerda conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento en base a los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El Tribunal es competente para conocer de este recurso, de conformidad con el art. 40.1 b) del TRLCSP y el art. 41.3 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, por persona legitimada para ello, al ser un licitador excluido.

Tercero. Comenzando con la cuestión referida a la interpretación de los pliegos, debemos negar que exista la alternatividad que señala el recurrente, pues el anuncio de licitación era muy claro, y en la propia hoja resumen del PCAP la fijación de las dos clasificaciones una detrás de otra, sin ninguna especificación, implica su acumulación para cualquier lector, y no su alternatividad. En cuanto a supuestos precedentes que habrían creado una apariencia contraria, son razonables las explicaciones del órgano de contratación sobre la inclusión de una conjunción claramente alternativa en algún otro supuesto alegado.

Cuarto. Por tanto, y entrando ya en la consideración de si el pliego podía o no exigir la doble clasificación, debemos comenzar analizando la objeción referida a la falta de impugnación de los pliegos.

Y al efecto, debemos señalar que tal objeción no tiene un carácter absoluto: ya en nuestra Resolución 444/2013 decíamos que *"Así, y pese a que la aquí recurrente no se opuso en su momento al PCAP, e incluso intentó cumplir con el mismo (al aportar una clasificación insuficiente), ello no es óbice para que pueda conocerse de su conformidad a Derecho por este Tribunal, si se denunciase una causa de nulidad de pleno Derecho: Así lo hemos declarado, por ej, en la Resolución 188/2012, en que decíamos. "Es cierto que el plazo de impugnación del anuncio y de los pliegos de licitación ya ha expirado, pero las alegaciones realizadas por la recurrente contra los mismos tienen su causa en un acto de aplicación de los pliegos que, como se argumenta en el fundamento sexto de esta resolución, se basa en una cláusula afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 32 del TRLCSP, de manera que, si bien, tal y como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, los pliegos son ley del contrato y vinculan tanto a la entidad contratante como a los licitadores, resulta posible recurrir contra el acto de aplicación de los mismos cuando están viciados de nulidad, como es el caso que nos ocupa.*

El artículo 40.2 del TRLCSP establece que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, entre otros actos, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que han de regir la contratación, así como los actos de trámite cualificados, entre los que se incluyen los actos de exclusión de los licitadores. Por tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso la empresa recurre que se le haya excluido del procedimiento de licitación por presentar su proposición fuera de plazo con base en una cláusula nula de pleno derecho del pliego, debe entenderse que el recurso está interpuesto dentro del plazo legalmente previsto, al no haber transcurrido entre la notificación del acuerdo de exclusión y la interposición del mismo, más de los 15 días hábiles que establece el artículo 44.2 del TRLCSP."

Pues bien, debemos tener en cuenta que lo que se denuncia en nuestro caso es la exigencia de una clasificación, requisito de solvencia que no vendría impuesto por la legislación vigente: Y, a nuestro entender, en nuestro caso dicha irregularidad constituye una causa de nulidad de pleno derecho, aun no mencionada de modo expreso en el TRLCSP, por aplicación del art. 32 del TRLCSP, en relación con el art. 62 de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre -al que se remite el art. 32 a) antedicho-, y el art. 54 y 62 del mismo TRLCSP.

Así, pese a que la Jurisprudencia ha interpretado de modo restrictivo los supuestos de invalidez que dan lugar a la nulidad de pleno derecho, en nuestro caso entendemos que se incurre en la lesión de "derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", que configura una de estas causas de nulidad de pleno derecho a tenor del art. 62.1 a) de la Ley 30/1992, por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación amparada en el art. 14 de nuestra Constitución.

Y ello, ya que las exigencias de solvencia, siempre vinculadas al objeto del contrato y proporcionales al mismo, suponen en sí mismas una restricción a la libre concurrencia en condiciones de igualdad que sólo son tolerables de no resultar palmariamente disconformes a Derecho, ya que, en caso contrario, suponen una exclusión indebida de los potenciales licitadores que no las reúnan, en perjuicio de su derecho a concurrir a la contratación en condiciones de igualdad.

Y no se puede olvidar que el principio de igualdad y no discriminación, junto con el favorecimiento de la concurrencia como base de la libre competencia, está en el propio origen de las Directivas que dieron lugar a la implantación de este recurso especial. Recordemos, a estos efectos, la insistencia de nuestra legislación en que la adjudicación de los contratos se sujete a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; siendo, en realidad, la publicidad y la transparencia principios instrumentales, en garantía de los principios fundamentales de la contratación: concurrencia y no discriminación, este último garantizado por nuestra Constitución como derecho fundamental. El propio art. 1 del TRLCSP señala que tal texto tiene por objeto garantizar (entre otros extremos) que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, y de asegurar la salvaguarda de la libre competencia."

Por tanto, deberá analizarse si la exigencia de doble clasificación hecha en el pliego incurre, como en aquel caso, en una flagrante contradicción con el ordenamiento jurídico -y no en una mera causa de anulabilidad- que determine su nulidad de pleno derecho.

En nuestro caso, en primer lugar, debemos señalar que las clasificaciones exigidas responden, según el Reglamento de Contratos, a " Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones" y a "Agencias de viajes", que a su vez se corresponden al objeto del contrato, según se ha descrito.

Por otra parte, del art. 46 en relación con el 36 del mismo texto, resulta que es posible exigir la clasificación en dos subgrupos, si ello está justificado. Y en nuestro caso, al menos "prima facie", y en el análisis propio de la apreciación de una nulidad de pleno derecho, entendemos que existe tal justificación: Como hemos visto, las prestaciones del contrato son mixtas; y si bien en alguna Resolución hemos apuntado en estos casos la misma solución que al supuesto de los contratos mixtos propiamente dichos dada por el art. 12 del TRLCSP (clasificación según prestación de mayor importe económico), en nuestro supuesto no puede deducirse de la documentación contractual el importe económico relativo de una y otra prestación, y además ya apuntábamos "obiter dicta" en la Resolución 243/2011 que no era descartable en estos casos que se pidiera una doble clasificación en un subgrupo diferente.

Por otra parte, tampoco se acreditan circunstancias que abonen la intención de restringir la competencia: La mayor parte de las empresas que se presentaron fueron admitidas (todas menos la recurrente), y las prestaciones objeto del contrato tienen la necesaria conexión para justificar que se liciten de modo conjunto, sin infringirse pues lo dispuesto en el art. 25.2 TRLCSP: " *Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.*"

Debe añadirse que el TRLCSP incluye posibilidades de completar la clasificación; Y, en nuestro caso, aunque no sea de aplicación la acreditación de solvencia por un subcontratista del 227 del TRLCSP (no se ha exigido la subcontratación en los pliegos conforme a tal artículo), nada impide a las empresas que se dediquen solo a una de las prestaciones del contrato acudir, en su caso, en una UTE con otras empresas complementarias.

En 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.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso presentado por D.^a M.A.R., en representación de la empresa PRESENCIA BY MA, S.L., contra el acuerdo de exclusión de 23 de junio de 2014 dictado en el procedimiento abierto para el servicio de organización y gestión de viajes, dentro del Proyecto EUROSOCIAL, año 2014.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.