



Recurso nº 061/2011

Resolución nº 092/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de marzo de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don L.V.B., en representación de la CÁMARA DE CONTRATISTAS DE CASTILLA Y LEÓN contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social para regir la contratación de la ejecución de las obras de construcción de un inmueble destinado a sede de la Delegación Provincial de la Seguridad Social en Segovia y contra el anuncio de licitación del mismo, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social publicó en el Boletín Oficial del Estado de 16 de febrero de 2011 anuncio convocando licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de obras para la construcción de un inmueble destinado a sede de la Delegación Provincial de la Seguridad Social en Segovia, anuncio que, a su vez fue enviado en la misma fecha al Diario Oficial de la Unión Europea. En ellos se hacía constar, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado, que los licitadores deberían estar clasificados en los siguientes grupos, subgrupos y categorías: C2D, I6C y J2D.

Segundo. Contra los mencionados anuncios y pliego la Cámara de Contratistas de Castilla y León ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 4 de marzo de 2011, en el que tras exponer las argumentaciones que considera adecuadas en justificación del recurso, termina solicitando que se aplace la licitación, se anulen el pliego y el anuncio



convocando la licitación y, finalmente, se apruebe uno nuevo corrigiendo las deficiencias observadas, volviendo a publicarlo y concediendo nuevo plazo para la presentación de proposiciones.

Tercero. Por la Secretaría de este Tribunal el mismo día de la presentación del recurso se requirió del órgano de contratación la remisión del expediente de licitación trámite cumplimentado con fecha 8 del mismo mes y año. Al expediente de contratación se acompaña informe en el que se pone de manifiesto el error padecido al elaborar los pliegos entendiéndose que se debió exigir la clasificación en el Grupo C, categoría F.

Cuarto. El Tribunal en resolución de 23 de marzo siguiente acordó conceder la suspensión solicitada por el recurrente con lo que resultaba ratificada lo que previamente había acordado en este sentido el órgano de contratación.

Quinto. El trámite de alegaciones no ha sido evacuado al no existir otros interesados comparecidos en el procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante este Tribunal al cual está atribuida la competencia para resolverlo. Procede, en consecuencia, admitirlo, a este respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una asociación empresarial que lo interpone en defensa de los intereses de sus asociados.

Tercero. Igualmente, se ha interpuesto contra acto susceptible de recurso en esta vía y en tiempo y forma adecuados.

Cuarto. La única cuestión planteada por la Cámara recurrente como fundamento de la impugnación se refiere a la inadecuada exigencia de clasificación en relación con el contrato a adjudicar, toda vez que se incumple lo dispuesto en el artículo 36, apartados 1 y 2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al exigir la clasificación en tres subgrupos con relación a partidas que no alcanzan el



importe mínimo del 20 por 100, a lo que debe añadirse la consideración de que el cálculo de los valores debe hacerse teniendo en cuenta el importe de la obra sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por su parte el órgano de contratación en su informe reconoce que se ha producido error en la determinación del requisito de clasificación exigible y, en consecuencia, entiende que debe rectificarse el pliego de cláusulas administrativas particulares con objeto de exigir la clasificación en el Grupo C, categoría F.

Quinto. Puesto que el órgano de contratación ha rectificado el contenido de los actos objeto de impugnación esta resolución no puede limitarse a analizar si procede o no estimar el recurso interpuesto en base a los argumentos expuestos por la recurrente, sino que será preciso ampliar el análisis a la rectificación propuesta por el órgano de contratación para determinar si la misma se ajusta a derecho.

Conviene, a este respecto, plantear una doble cuestión: por una parte si la pretensión de la recurrente debe considerarse ajustada a derecho y, por otra, si la rectificación propuesta por el órgano de contratación satisface la pretensión de la recurrente y, en consecuencia, puede considerarse como el equivalente a un allanamiento de la Administración.

Con referencia a la primera cuestión que es la debatida como fondo del presente recurso, debe comenzarse por indicar que la exigencia de los grupos, subgrupos y categorías que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares infringe claramente lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento citado anteriormente, toda vez que contradice el apartado 1 del mencionado artículo a cuyo tenor *“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”*, precepto que completa el apartado segundo al decir que *“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”*. Basta esta declaración para comprender que si la obra presenta singularidades no normales o generales a las de su



clase, de tal forma que sea preciso exigir clasificación en subgrupos diferentes del genérico que le corresponda, dichas circunstancias deben hacerse constar en el pliego como justificación de su exigencia.

Además, en su apartado 2 el mismo artículo citado establece, que para poder exigir la clasificación en otros subgrupos es preciso que se cumplan conjuntamente los dos siguientes requisitos: que no se exija clasificación en más de cuatro subgrupos y que el importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente sea superior al 20 por 100 del precio total del contrato. Para poder incumplir alguno de estos requisitos, el Reglamento exige que concurren circunstancias excepcionales (*“salvo casos excepcionales”* dice el texto del artículo 36.2 del Reglamento citado). Pues bien, tales circunstancias deben estar suficientemente justificadas en el pliego, cosa que en el caso que se examina no ocurre, a pesar de que se incumple el requisito de que el importe de la obra parcial motivadora de la exigencia de clasificación en determinado subgrupo supere el 20 por 100 del importe total de la obra, cuestión que aunque no se desprende de la documentación remitida por el órgano de contratación, ha sido aducida por la Cámara recurrente sin que se haya opuesto a ella el órgano de contratación.

De la argumentación anterior se deduce que asiste la razón a la recurrente en su pretensión de que se suprima la exigencia de clasificación en los tres subgrupos mencionados en el pliego y en el anuncio de licitación.

Sexto. Queda ahora por examinar la cuestión relativa a la rectificación llevada a cabo por el órgano de contratación. Tal rectificación podría considerarse como allanamiento a la pretensión aducida en su escrito de interposición por la Cámara recurrente.

Sin embargo, a tal respecto conviene indicar que el allanamiento no aparece como uno de los medios de terminación del procedimiento administrativo, puesto que el artículo 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre sólo menciona entre los que tienen este efecto *“la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad”*. En consecuencia, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por parte del órgano de la administración autor del acto impugnado no puede considerarse,



en lo que se refiere al presente recurso, sino como una manifestación hecha a los efectos estrictos de este procedimiento y que el Tribunal debe tomar en consideración simplemente como si de una alegación se tratara.

Significa ello que, aunque la alegación formulada en tal sentido pueda servir de base a la resolución que el Tribunal dicte finalmente, éste no se encuentra vinculado por ella ni aún en el supuesto de que implique un expreso y total reconocimiento de lo pretendido por el interesado en su escrito de recurso, debiendo, por el contrario, entrar a analizar si se ajusta o no a derecho.

A este respecto, debe recordarse que tal como se ha visto previamente el órgano de contratación entiende que se ha producido error al exigir la clasificación en los tres grupos mencionados y en base a ello considera que debe exigirse la clasificación en el Grupo C, categoría F.

La nueva clasificación debe analizarse al amparo de lo dispuesto en el artículo ya mencionado, es decir el 36 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concretamente en su apartado 5, a cuyo tenor, *“la clasificación en un grupo solamente podrá ser exigida cuando por la naturaleza de la obra resulte necesario que el contratista se encuentre clasificado en todos los subgrupos básicos del mismo”* y en el 6 que dispone *“cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato”*.

Con respecto de la primera cuestión cabe decir que la propia identificación del objeto del contrato hecha en el pliego de cláusulas administrativas particulares (*“construcción de un inmueble destinado a sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la carretera de San Ildefonso c/v a Carretera de Valdevilla, de SEGOVIA”*), pone de manifiesto que se cumple el requisito de que la naturaleza de la obra exija la clasificación en la totalidad de los subgrupos básicos del Grupo C, toda vez que éste se identifica con el rótulo “Edificaciones”. Es decir, puesto que se trata de la construcción de un edificio, con toda lógica, la clasificación exigible debe ser la correspondiente al grupo en el que se integran la totalidad de subgrupos que hacen



referencia a las actividades adecuadas para ello, es decir el Grupo C del artículo 25 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sentado lo anterior, queda simplemente indicar que para la determinación de la categoría exigible deberá estarse al artículo 36.6 antes transcrito, lo cual supone que para ello es necesario atender al importe de la anualidad media del contrato puesto que de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares éste tiene un plazo de ejecución de treinta y seis meses.

Por otra parte para determinar el importe de la anualidad media del contrato deberá tomarse como base de cálculo el importe de la anualidad media calculada en la forma prevista en el artículo 36.6, lo que supone dividir el valor íntegro del contrato entre treinta y seis y multiplicar el cociente por doce. En todo caso, por valor íntegro del contrato deberá entenderse el que representa el importe íntegro que para la ejecución de la obra se fija en el presupuesto, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido. La Ley de Contratos del Sector Público al respecto se limita a hablar del valor íntegro del contrato cuando su plazo de ejecución se inferior a un año y de valor medio anual cuando se trate de contratos de duración superior al año. No aporta, en consecuencia, elementos de juicio suficientes para determinar si en dicho valor debe incluirse o no el importe del Impuesto Sobre el Valor Añadido. Por su parte el artículo 36.6 del Reglamento se refiere al precio total del contrato como base para la determinación de la anualidad media. Este último precepto al hacer referencia al precio total del contrato parece dar a entender que debe incluirse en él el importe del mencionado tributo.

A juicio de este Tribunal, sin embargo, tal conclusión no es acorde con la naturaleza de las cosas. La clasificación tiene por objeto acreditar de forma permanente la solvencia de los contratistas en relación con la ejecución de una determinada obra. Ello significa que, además de acreditar la económica, acredita la solvencia técnica lo que supone que para determinar la mayor o menor envergadura de las obras y, por tanto, la necesidad de exigir una mayor o menor solvencia técnica para ejecutarlas, es absolutamente irrelevante el importe de las cargas fiscales que deban satisfacerse como consecuencia de su ejecución. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que, por sus propias características, el Impuesto sobre el Valor Añadido es un tributo que ni siquiera grava al contratista, sino que la obligación de pago incumbe a la Administración contratante.



En consecuencia, para determinar la anualidad media del contrato y calcular la categoría exigible a los licitadores deberá dividirse el presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, por treinta y seis y multiplicarlo por doce. Atendiendo al pliego de cláusulas administrativas particulares, el presupuesto del contrato, excluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido, asciende a dieciséis millones ciento cincuenta y un mil cuatrocientos cincuenta y tres euros con cincuenta céntimos, por lo que el importe de la anualidad media son cinco millones trescientos ochenta y tres mil ochocientos diecisiete euros con ochenta y tres céntimos. En consecuencia, puesto que supera la cantidad de dos millones cuatrocientos mil euros, debe considerarse exigible la categoría F de las establecidas en el artículo 26 del Reglamento.

Puesto que la clasificación que a juicio del órgano de contratación debe exigirse coincide en cuanto a Grupo y categoría con las que de conformidad con lo expuesto anteriormente deben exigirse, es evidente que debe admitirse como legalmente válida la alegación formulada por éste en el informe remitido junto con el expediente de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Don L.V.B., en representación de la CÁMARA DE CONTRATISTAS DE CASTILLA Y LEÓN contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobados por la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social para regir la contratación de la ejecución de las obras de construcción de un inmueble destinado a sede de la Delegación Provincial de la Seguridad Social en Segovia, anulando la convocatoria efectuada y la correspondiente cláusula 7.1.9 del pliego de cláusulas administrativas particulares en que se establece la clasificación exigible, debiendo figurar como tal la correspondiente al Grupo C, categoría F.

Segundo. Levantar la suspensión acordada mediante acuerdo de este Tribunal de fecha 23 de marzo del presente año.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.