



Recurso nº 246/2012

Resolución nº 256/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.N., en calidad de Presidente y D. Horacio Labat Pedretti, en calidad de Director Gerente, ambos en representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN), contra los Pliegos 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*" (expediente 6.00.01.12.0001.08), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 8, 12 y 18 de junio de 2012, respectivamente, 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 un valor estimado de 194.021.093,40 euros y una duración de dos años, prorrogables por dos más. Los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores tanto en la dirección postal de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa como en la propia Plataforma de Contratación, donde, tras las últimas rectificaciones, se publicaron el 12 de junio de 2012.

Segundo. La licitación se llevaba a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. La licitación del Acuerdo Marco se dividía en ocho lotes; siete de ellos por zonas geográficas, con importe anual (sin IVA) entre 1,6 (lote 5: Madrid) y 12,7 millones de euros (lote 4: Andalucía; Murcia y Extremadura); el lote 8, con importe de 5,6 millones de euros, corresponde a centros hospitalarios del Ministerio de Defensa en varias provincias. Se preveía que la adjudicación de cada lote se haría a un único licitador y que se celebraría una subasta electrónica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 del TRLCSP, basada en variaciones referidas al precio anual total ofertado.

Cuarto. Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCA) y de prescripciones Técnicas (PPT), la representación de AFELIN interpuso recurso ante este Tribunal el pasado 29 de junio de 2012, en el que solicitaba que fueran aquéllos modificados, por ser, a su entender, restrictivos de la libre competencia, al utilizar de forma abusiva el instrumento del Acuerdo marco y establecer lotes por importes demasiado elevados y zonas geográficas demasiado extensas. De igual modo, sostenía que no estaba motivada la utilización del procedimiento de urgencia, señalando además ciertas deficiencias en la información proporcionada sobre el personal sujeto a subrogación que imposibilitaban el poder efectuar una oferta fundamentada.

Quinto. Dicho recurso fue tramitado por este Tribunal con el número 133/2012, dictándose el 12 de julio de 2012 la resolución número 148/2012 por la que, estimándolo parcialmente, se acogían las pretensiones de la actora únicamente en lo que a la información sobre el personal sujeto a subrogación concernía, desestimándose las restantes alegaciones por aquella deducida. De esta forma, se declaraba en su parte dispositiva la *"nulidad del anexo III del PCAP, debiendo retrotraerse el procedimiento para la elaboración de unos nuevos pliegos en los que se contenga la información relativa al personal a subrogar"*.

Sexto. 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 aludido en el antecedente de hecho primero *"para la elaboración de unos nuevos Pliegos en los que se contengan la información relativa al personal a subrogar, de acuerdo con lo establecido en la resolución del TACRC de 12 de julio de 2012 (nº 148/2012)"*, 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.

Séptimo. El 11 de octubre de 2012 el Presidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa dictó resolución por la que vino en aprobar los nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del expediente, disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. De esta forma, el 15 de octubre de 2012 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado nuevo anuncio de licitación, que fue también publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 18 de octubre de 2012, así como, el 19 de octubre de 2012, en el Boletín Oficial del Estado. El expediente, con idéntico objeto que el definido en el antecedente de hecho primero, vió modificada, no obstante, su numeración, pasando a ser ésta 6.00.01.12.0001.08, así como su valor estimado, que pasó a ser de 193.908.004,21 euros.

Octavo. Contra los tales Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCA) y de prescripciones Técnicas (PPT), la representación de AFELIN ha interpuesto recurso ante este Tribunal el 30 de octubre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurren los pliegos de un expediente de contratación sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP .

Segundo. En lo que atañe a la legitimación para recurrir, el artículo 42 del TRLCSP establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso. En este caso, la recurrente ha acreditado que se trata de una asociación representativa de los empresarios de limpieza de edificios y locales, entre cuyos fines están los de defender los intereses de sus miembros y promover y proteger la libre competencia. Como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal (verbigracia, la Resolución 29/2011) *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”*. En tal sentido (y así se argumenta en la citada Resolución) la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente

(Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso. Debe, por todo ello, concluirse, que AFELIN está legitimada para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Tercero. La competencia para resolver el citado recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP. Por otro lado, se han cumplido las prescripciones formales establecidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley.

Cuarto. En cuanto al plazo de interposición del recurso, ha de recordarse que, tratándose de un recurso contra los pliegos, el artículo 44.2 del TRLCSP señala, en su apartado a), que *"... el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley"*.

En este sentido, este Tribunal ha declarado en resoluciones anteriores (entre otras, la número 21/2011) que, ante la imposibilidad de acreditar el momento en que los licitadores han obtenido los pliegos accesibles por medios electrónicos, la solución *"es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos"*. En el presente supuesto, se señaló como tal fecha límite el 12 de noviembre de 2012, siendo así que el recurso fue interpuesto el 30 de octubre de 2012, fecha que, en todo caso, no distaba más de quince días hábiles de la de publicación del anuncio en la Plataforma de Contratación del Estado (a saber, el 15 de octubre de 2012). Debe, por todo ello, concluirse que ha sido oportunamente deducido en tiempo y forma.

Quinto. La recurrente expresa en el propio escrito de interposición del recurso que se cree obligada a su formalización pues, aún discrepando de la resolución 148/2012 dictada por este Tribunal el pasado 12 de julio de 2012 en términos que le han movido a deducir contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, éste no tiene "virtualidad suspensiva del acto recurrido". Por esta razón, admite expresamente que el presente recurso se contrae a la reiteración de las "alegaciones formuladas en su

día" (a salvo, obviamente, aquella que fue estimada), y que, como tales, fueron ya examinadas en la aludida Resolución 148/2012.

De este modo, al igual que en el recurso hecho valer el 29 de junio de 2012, la recurrente alega 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. En concreto, se oponen los siguientes argumentos:

- No se justifica el recurso al procedimiento de "Acuerdo marco con un solo operador". Hay un uso abusivo del instrumento porque, durante un período de dos o cuatro años, habrá un máximo de ocho empresas para realizar los servicios de limpieza de las instalaciones del Ministerio de Defensa cuando, según los últimos datos disponibles facilitados por el INE, hay 12.416 empresas en el sector.
- En cinco de los ocho lotes del contrato (lotes 1 a 4 y lote 8) el importe anual (sin IVA), es superior a los cinco millones de euros. Estiman que, con este volumen, sólo podrán acudir a la licitación unas 87 empresas (las de 500 o más empleados).
- En los cinco lotes indicados las zonas geográficas son demasiado amplias para que la gran mayoría de las empresas puedan tener acceso a la licitación por imposibilidad de poder ejecutar los servicios en tan extensas zonas geográficas.
- No se motiva la utilización del procedimiento de urgencia, con la consiguiente reducción de plazos que impedirá a la gran mayoría de empresas el "*poder visitar las instalaciones, requisito indispensable para poder efectuar una oferta de servicios adecuada a las exigencias del contrato*".

El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso, con remisión a los fundamentos de la resolución 148/2012.

Sexto. Como ya se ha indicado, el recurso ahora examinado se contrae a la reiteración de las alegaciones que, hechas valer en el recurso interpuesto el 29 de junio de 2012, fueron desestimadas en la Resolución 148/2012 de este Tribunal.

Cumple por ello, en virtud del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado en el artículo 49 TRLCSP), así como de lo que usualmente, si bien con cierta impropiedad (advertida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 10 de enero de 2011, 26 de abril de 2004 y 11 de octubre de 2004, todas ellas relativas a materia económico-administrativa, pero, en todo caso, trasladables a este ámbito), se ha dado en llamar "cosa juzgada administrativa" (por analogía con la cosa juzgada material, efecto característico de las resoluciones judiciales firmes, hoy regulada en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), reproducir las consideraciones que, a sus resultas, se incorporaron a los fundamentos séptimo a décimo de la citada resolución, y que son del siguiente tenor:

“Séptimo.- La primera cuestión a considerar es si el procedimiento de acuerdo marco con un solo proveedor, tal como está configurado en esta licitación, resulta contrario a lo establecido en el artículo 196.1 del TRLCSP. A este respecto, cabe indicar que, de conformidad con lo expuesto por el órgano de contratación, el objetivo perseguido al utilizar este mecanismo es el de homogeneizar las condiciones a que han de ajustarse los contratos derivados, lo que es plenamente congruente con lo establecido en el citado artículo: “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”. Por otra parte, el ámbito del acuerdo marco es una multiplicidad de instalaciones (573, de acuerdo con lo indicado en el PPT) con lo que, al unificar la contratación de la limpieza de todas ellas bajo un solo acuerdo de base, se logra también una simplificación notoria en el proceso de contratación. Esos dos objetivos (homogeneizar y simplificar la contratación) justifican la utilización del acuerdo marco como instrumento para la contratación del servicio de limpieza en los edificios del Ministerio de Defensa.

Ahora bien, como señala la Comisión Nacional de la Competencia en su “Guía sobre Contratación Pública y Competencia” a la que hace referencia la recurrente, quien se queda fuera del acuerdo marco se queda también fuera de los contratos derivados, por lo que su utilización puede ir asociada a la creación de barreras de entrada frente a los operadores que no forman parte del acuerdo. De ahí que, en el mismo artículo 196.1 señalado, se establece la cautela de que se puede acudir a la fórmula de acuerdos marco

siempre que “no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”.

En el presente caso no se puede argumentar que se abusa de la utilización de esta fórmula. Se hizo en una primera fase una prueba piloto para las instalaciones de Defensa en la Comunidad de Madrid, sin que se plantearan problemas de concurrencia y, a la vista de los resultados, se ha justificado pormenorizadamente en el documento de la Secretaría de Estado de Defensa, “Estrategia de contratación” la conveniencia y los motivos para la licitación ahora recurrida. Por lo demás, no se establecen barreras de entrada y los requisitos de solvencia exigidos son los propios de este tipo de licitaciones. Se utiliza el procedimiento abierto y la duración del acuerdo marco (dos años prorrogables por otros dos) no hace uso de la de una mayor duración, prevista en el artículo 196.3 del TRLCSP.

Sin embargo, las anteriores manifestaciones vienen a poner de manifiesto que, desde el punto de vista de una cierta concepción del interés público, el de la eficacia gestora, la utilización del acuerdo marco resulta conveniente. No obstante, ya hemos tenido ocasión de declarar junto con un buen sector de la doctrina que la idea rectora de la contratación pública no reside, de conformidad con los postulados que subyacen en la legislación de la Unión Europea, en la idea del interés público por sí sola, sino también en los principios de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. No debe, sin embargo, interpretarse esta afirmación en el sentido de que el interés público, como tal, ya no se contempla en la regulación de nuestro ordenamiento jurídico sobre la contratación pública, sino más bien como una aseveración de que el acento de la regulación se pone fundamentalmente en los mencionados principios, en la medida en que también son manifestaciones del interés público, lo que debe traducirse en que si se produjera contradicción entre cualquiera de ellos y la contemplación del interés público desde otros ámbitos, deben primar aquéllos sobre ésta última.

Precisamente por ello, el análisis ha de limitarse a examinar si las condiciones en que se plantea el acuerdo marco restringen la competencia, como alega la recurrente. Esta posible restricción se basa en dos motivos -la configuración de los lotes en que se articula el acuerdo marco y el procedimiento de urgencia utilizado- que analizamos en los fundamentos siguientes.

Octavo. *Respecto a la configuración de los lotes, la asociación recurrente reclama en el fondo que debiera haber más lotes (de menor tamaño y ámbito geográfico) para propiciar que pudieran acceder a la licitación también las pequeñas y medianas empresas del sector.*

El artículo 86 del TRLCSP, relativo al objeto del contrato, en su apartado 2 recoge la regla general de no fragmentación del contrato y de evitar su fraccionamiento artificial con la intención de soslayar los requisitos de publicidad o procedimiento, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato 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.

Del acuerdo marco objeto del recurso, tal como está configurado, derivarán una multiplicidad de contratos, por lo que la posibilidad del fraccionamiento está en el uso del propio instrumento “acuerdo marco”. El tamaño de los lotes se justifica en el expediente por las características de los objetivos perseguidos: reducción del gasto, simplificación de la contratación y racionalización del servicio. Por ello, los lotes deben tener un tamaño suficiente para permitir el logro de tales objetivos. Con ese condicionante del tamaño, que se analiza en el fundamento siguiente, el optar por configurar lotes por áreas geográficas o funcionales (lote 8), como argumenta el órgano de contratación en su informe, “precisamente favorece la concurrencia, al permitir la participación de empresas con implantación regional, y no necesariamente nacional”.

Noveno. *La salvaguarda de la libre competencia, como señala el artículo 1 del TRLCSP, es un principio inspirador de la contratación pública y está presente de forma indirecta en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. Pero también están entre esos principios, como señala el mismo artículo, el de “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...”.*

En este caso, el principio de eficiencia se plasma en objetivos de racionalización de la contratación y de reducción del gasto, no compatibles con una dispersión de la

contratación. Tal dispersión podría propiciar el acceso a las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas del sector, pero sería contraria a los objetivos indicados y podría ser menos respetuosa con principios como los de publicidad y transparencia en los procedimientos que son también salvaguarda de la libre competencia. La articulación de la licitación, tal como está diseñada en el acuerdo marco recurrido, tiene todas las garantías de publicidad y transparencia y, entre otras novedades que desarrollan la competencia, prevé la adjudicación mediante el procedimiento de subasta electrónica basada en mejoras sobre el precio total ofertado.

En los pliegos no se establece ninguna “barrera”, distinta de la clasificación y de ésta no se deriva en modo alguno que, como se argumenta en el recurso, solo puedan concurrir las 87 empresas con 500 o más trabajadores. Aparte del hecho de que las empresas de menor dimensión pueden asociarse en UTE.

La armonización entre los principios de eficiencia y de libre competencia se ha tenido en cuenta por parte del órgano de contratación, que ya ha realizado en una primera fase, a modo de prueba piloto, un contrato similar para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Además, ha establecido un número de lotes suficiente para permitir el acceso de las empresas grandes y medianas en un mercado muy fragmentado.

Por tanto, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en varios lotes, habiendo quedado justificado en el presente caso la conveniencia de licitación en los lotes que prevé el pliego y los inconvenientes para el cumplimiento de las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con el contrato. Esas razones, entiende el Tribunal, han de prevalecer sobre el principio que pretende favorecer la máxima competencia, por lo que procede desestimar las alegaciones de la recurrente en este punto.

Décimo. *Sobre el procedimiento de urgencia, consta en el expediente la Resolución de 4 de junio del Presidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, de declaración de urgencia. Las razones invocadas se refieren a la demora en los plazos ordinarios de tramitación por la exigencia del artículo 317.1.a) del TRLCSP de autorización para contratar del Consejo de Ministros, así como por la celebración de la subasta electrónica y posterior tramitación de los contratos derivados del acuerdo marco. Se produce la declaración de urgencia, para evitar la falta de cobertura contractual del*

servicio, que se produciría de finalizar los actuales contratos antes de que se puedan formalizar los derivados del acuerdo marco.

El artículo 112.1 del TRLCSP, respecto de la tramitación urgente del expediente, dice 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".

La urgencia exige, por tanto, que exista una necesidad inaplazable –esto es, la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible- o que la adjudicación deba acelerarse por razones de interés público. En el caso que nos ocupa, la urgencia deriva, como hemos señalado, de la necesidad de evitar la falta de cobertura contractual del servicio, que se produciría de finalizar los actuales contratos antes de que se puedan formalizar los derivados del acuerdo marco.

Todo lo expuesto lleva a la desestimación de las alegaciones de la recurrente respecto a la tramitación urgente del expediente de contratación. "

Séptimo. Dichas consideraciones mantienen su plena vigencia y no se ven en nada desvirtuadas por las alegaciones hechas valer por la actora en su recurso, que debe, por ello, ser desestimado, al evidenciarse que los Pliegos impugnados no determinan obstáculo, restricción o falseamiento de la competencia que comporte infracción del artículo 196 TRLCSP.

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 interpuesto por D. J.M.N., en calidad de Presidente y D. Horacio Labat Pedretti, en calidad de Director Gerente, ambos en representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN), contra los Pliegos 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" (expediente 6.00.01.12.0001.08), en tanto de ellos no resulta obstáculo, restricción o falseamiento de la competencia que comporte infracción del artículo 196 TRLCSP.

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