



Recurso nº 142/2011

Resolución nº 180/2011

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

En Madrid, a 6 de julio de 2011.

VISTO el recurso interpuesto el 10 día de Junio de 2011 por Don F.M.G en representación de EUROCONTROL S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación del “Servicio de Apoyo para la Medición, Control y Supervisión del Espectro Radioeléctrico”, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación de Ministerio de Industria, Turismo y Comercio convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 20 de mayo de 2011, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de “Servicio de Apoyo para la Medición, Control y Supervisión del Espectro Radioeléctrico”, por importe de 1.658.667,- euros.

Segundo. Contra el pliego de cláusulas que debe regir la licitación del contrato en cuestión ha interpuesto recurso ante la Junta de Contratación mencionada EUROCONTROL S.A. mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la misma el día 10 de junio de 2011 en el que previas las consideraciones que entiende convienen a su derecho solicita que por el Tribunal se acuerde la supresión de la clasificación exigida en el expediente de referencia, por resultar claramente lesiva y discriminatoria para los licitadores del mismo y, subsidiariamente, se retrase la fecha de entrega de la documentación a presentar por los licitadores, para permitir la obtención de la clasificación exigida.

Cuarto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado en 17 de junio de 2011 del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que estimaran convenientes a su derecho, sin que ninguno de ellos haya absuelto el trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, interpuesto por la recurrente ante el órgano de contratación, ha sido calificado por éste como especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, siendo competente para resolverlo este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2 b) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. El órgano de contratación ha formulado alegaciones entendiendo que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo toda vez que entre la fecha de publicación de los pliegos en el perfil de contratante (3 de mayo) y la de interposición del recurso (10 de junio) han transcurrido más de los quince días hábiles previstos en el artículo 314.2, a) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sin embargo, es criterio de este Tribunal, mantenido en varias resoluciones que el plazo para la interposición del recurso contra los pliegos comienza a computarse a partir del día siguiente al de finalización del de presentación de las ofertas. Así dice la resolución 139/2011, dictada en el recurso número 102 de 2011, en la que, citando la de 9 de febrero del mismo año, dictada en el recurso 58/2010, se pone de manifiesto, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: *“La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de “quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”, añadiendo en su apartado a) que “cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos*

contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel 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 142 de esta Ley”. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios”.

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante y no consta que se haya hecho notificación expresa a la Asociación empresarial recurrente, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario.

Concretamente el citado precepto dice que “cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”. La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado debe aplicarse analógicamente el citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad “de acreditar de forma fehaciente el

momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, 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”.

Puesto que los pliegos a que se refiere el presente recurso han sido objeto de publicación en el perfil de contratante debe considerarse de plena aplicación el criterio expuesto y, en consecuencia, computar el plazo para interponer el recurso a partir del día siguiente al de finalización del previsto para la presentación de proposiciones, es decir el día 13 de junio del presente año.

Cuarto. La cuestión de fondo planteada por la recurrente se refiere a la exigencia como criterio de solvencia para los licitadores de clasificación como empresa de servicios en el Grupo V, subgrupo 8. Entiende a este respecto que tal exigencia resulta discriminatoria para empresas que cumplen sobradamente con el objeto y los requisitos técnicos del pliego y que, sin embargo, no tienen la clasificación exigida. Debe destacarse que, a su juicio, el subgrupo 8, del grupo V al referirse a trabajos que no están recogidos en ninguno de los restantes subgrupos, implica que quien sólo se encuentra clasificado en él no puede acreditar la capacidad para trabajar en servicios de telecomunicaciones (subgrupo 4), ni en mantenimiento de equipos e instalaciones de telecomunicaciones (subgrupo 3), ni en evaluación y certificación tecnológica (subgrupo 7). En tal sentido, la clasificación en el subgrupo 8 no aporta información relevante sobre la solvencia de un licitador para hacer el tipo de trabajos que constituyen el objeto del contrato. Asimismo, hace mención a que en las ocasiones anteriores en que se ha convocado licitación para adjudicar este mismo tipo de contrato, no se ha exigido estar clasificado en ningún grupo o subgrupo.

Por su parte, el órgano de contratación, aparte de la alegación relativa a la posible extemporaneidad del recurso ya resuelta, entiende que los subgrupos a que se refiere la recurrente, es decir los subgrupos 3, 4 y 7 no contemplan trabajos relacionados con el objeto de contrato por lo que no pueden ser mencionados como fundamento para considerar que es inadecuada la exigencia de clasificación en el subgrupo 8.

Por otra parte, pone de manifiesto que si en anteriores ocasiones no se exigió clasificación fue porque dichos contratos se consideraron dentro de las antiguas “consultorías y asistencias”, y, por tanto, se encontraban exentos de la exigencia de ésta de acuerdo con la disposición transitoria quinta de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. Del planteamiento anterior se deduce que deben analizarse dos posibles opciones con respecto de la procedencia de exigir clasificación en el presente caso. La primera de ellas se refiere a si en general procede exigirla o no, y la segunda a qué clasificación exigir en el caso de que proceda su exigencia.

Con respecto de la primer cuestión, su planteamiento procede de la manifestación hecha por el órgano de contratación en el sentido de que en la licitación del contrato hasta ahora vigente para esta misma actividad no se exigió clasificación por tener la consideración de contrato de consultoría o asistencia. Con respecto de los mencionados contratos, efectivamente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no exigía clasificación. Sin embargo, al desaparecer tal categoría en la actual Ley de Contratos del Sector Público por haberse integrado en el concepto genérico de contrato de servicios, se produce la paradoja de que también en los contratos antes considerados de consultoría o asistencia pasa a ser exigible la clasificación, y ello a pesar de que no existe previsión reglamentaria respecto de los grupos y subgrupos en que pudieran considerarse integradas tales actividades. Precisamente para dar solución a este problema, la Ley de Contratos antes mencionada, en su disposición transitoria quinta establece: *“El apartado 1 del artículo 54, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.*

El precepto anterior pone de manifiesto que en aquellos casos en que no exista grupo o subgrupo en que puedan clasificarse los contratos para los que ahora se exige clasificación y bajo el imperio de la Ley anterior no, seguirá sin ser exigible ésta. Así las cosas, si en la etapa anterior a la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público no era exigible clasificación para el contrato entonces adjudicado, por constituir

su objeto trabajos de consultoría o asistencia, tampoco deberá estarlo el ahora licitado, habida cuenta de que el desarrollo reglamentario a que se refiere la disposición transitoria quinta aún no se ha producido.

En consecuencia, si el contrato anterior no estaba sujeto a clasificación, tampoco lo estará ahora el nuevo, y si lo estaba entonces, ahora también. Esta es a juicio de este Tribunal la opción que se ajusta a derecho.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la dificultad para definir el contrato de servicios tal como está concebido en la legislación de la Unión Europea impidió a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, e impide ahora a la de Contratos del Sector Público establecer un concepto claro y unívoco del mismo. Son tantas y tan dispares las categorías incluidas en él que prácticamente no cabe más que una definición negativa. Así lo hace el artículo 10 de la última Ley citada (*“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”*), siguiendo en ello la pauta marcada por el artículo 1.2, d) de la Directiva 2004/18/CE.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el contrario trató de dar una definición positiva enumerando los diferentes objetos de los contratos y así para los contratos de consultoría y asistencia, el artículo 196 en su apartado 2 estableció: *“Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto: [...] b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. 4ª Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas”*.

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo, al definir los contratos de servicios decía que *“son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea: a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro. b) Complementario para el funcionamiento de la Administración”*.

De ambos preceptos cabe deducir que, atendiendo a la definición legal, los trabajos a que se refiere el presente recurso pueden ser incluidos tanto en la letra b) del apartado 2 como en las letras a) y b) del apartado 3, es decir que podría atribuirseles indistntamente la calificación de contratos de consultoría y asisitencia como la de contratos de servicios. Y a juicio de este Tribunal, ésta debió ser la calificación que se le diera al contrato anterior, teniendo en cuenta que en el artículo 37 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ya existía un Grupo que podía englobar estos trabajos, el Grupo V, lo cual era buena prueba de que el Reglamento no consideraba tales trabajos incluidos en la categoría de consultoría y asistencia sino en la de servicios. Esta simple circunstancia debió servir de pauta para que el órgano de contratación le diera la calificación de contrato de servicios y no de consultoría y asistencia y, en consecuencia, exigiera clasificación.

No se pretende como es lógico discutir ahora la eficacia del contrato anterior pues ni sería adecuado por razón del tiempo, ni esta cuestión es objeto del presente recurso. Pero el anterior razonamiento sí nos debe servir de base para sentar la conclusión de que a pesar de que en ocasiones anteriores no se hubiera exigido clasificación, ahora sí debe exigirse.

Así las cosas resulta claro que el contrato que se propone celebrar el órgano de contratación en estos momentos, está sujeto a la exigencia de clasificación del contratista, quedando determinar tan sólo en qué grupo y subgrupo debe exigirse ésta.

Sexto. En las consideraciones anteriores hemos llegado a la conclusión de que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un grupo en el que puede incluirse la actividad que constituye el objeto del contrato cuya adjudicación debe regir el pliego impugnado. Tal grupo es el V cuyo epígrafe general reza

del siguiente tenor: “Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, dentro del cual es evidente que puede considerarse incluida la medición, control y supervisión del Espectro Radioeléctrico que constituyen el objeto del contrato cuestionado.

El único problema por resolver, en consecuencia, es el relativo a cuál de los subgrupos previstos en dicho artículo puede englobar las actividades citadas. Para ello debe tenerse en cuenta el contenido que a cada uno de ellos atribuye el Anexo II del Reglamento.

En relación con esta cuestión es obligado reconocer la razón que asiste al órgano de contratación cuando pone de manifiesto en sus alegaciones que no pueden considerarse de aplicación los subgrupos 3, 4 y 7 que la recurrente cita en su escrito de interposición, pues el contenido que en el Anexo II del Reglamento se atribuye a cada uno de ellos nada tiene que ver con el objeto del presente contrato. Así el grupo tres encuadra los *“trabajos de mantenimiento preventivo, correctivo o perfectivo y de reparación de equipos y sistemas físicos y lógicos para el tratamiento de la información, así como de los equipos emisores y receptores de la misma y sus correspondientes sistemas y medios de transmisión”*, el cuatro los *“servicios de comunicación de voz y/o datos, alquiler de circuitos para la transmisión de voz y/o datos, la provisión de los medios técnicos y humanos necesarios para que los usuarios finales de las redes de telecomunicaciones accedan y tengan presencia en Internet y otros servicios de valor añadido sobre redes de telecomunicaciones”*, y, por fin el siete los *“trabajos técnicos para diseñar, construir y ejecutar las pruebas que permitan la evaluación de un producto o sistema, respecto de unos criterios y métodos de evaluación, para determinar su comportamiento ante las características y funcionalidades que le son atribuidas y certificar los resultados obtenidos”*. Ninguna de estas actividades evidentemente comprende las que venimos analizando.

Así las cosas, no existe otra opción que considerarlas incluidas en el Subgrupo 8 que, de conformidad con el Anexo II citado, comprende *“aquellos trabajos o actividades no asignadas a un subgrupo concreto, pero que sean objeto de un contrato de servicios”*.

Séptimo. La conclusión, así pues, a que debemos llegar tras el análisis precedente sólo puede ser que carece de fundamento legal el recurso interpuesto contra el pliego de

cláusulas administrativas particulares que debe regir la licitación del contrato a que se refiere la presente resolución, y, en consecuencia, procede desestimarlos por los razonamientos expuestos, considerando que la clasificación exigida es procedente y adecuada al objeto del contrato.

Esta conclusión, evidentemente, exime de analizar la pretensión alternativa de la recurrente en el sentido de que se prorrogue el plazo de presentación de ofertas hasta la obtención de la clasificación exigida por todas ellas, pues no existe precepto legal que la fundamente.

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 el 10 día de Junio de 2011 por Don F.M.G en representación de EUROCONTROL S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación del “Servicio de Apoyo para la Medición, Control y Supervisión del Espectro Radioeléctrico”, que debe ser confirmado en todos sus extremos y en especial en el referente a la clasificación a exigir a los licitadores puesto que es procedente y adecuada al objeto del contrato.

Por el mismo razonamiento no procede estimar la pretensión alternativa de que se prorrogue el plazo de presentación de ofertas hasta la obtención de la clasificación exigida por la recurrente.

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 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.