



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 059/2013

Acuerdo 46/2013, de 5 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por ZARAGON COMUNICACIÓN S.L, frente al procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de homologación de los servicios de gestión de la publicidad obligatoria, con destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y entes del sector público autonómico adheridos», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de junio de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Acuerdo Marco de homologación de los servicios de gestión de la publicidad obligatoria, con destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y entes del sector público autonómico adheridos», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento), contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, en la modalidad de acuerdo marco, tramitado mediante procedimiento abierto y con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 600 000 euros, IVA no incluido.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En la cláusula 2.2.5.1.4ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la licitación (en adelante PCAP) se exige a las empresas licitadoras clasificación expedida por el Ministerio de Hacienda:

«4º Clasificación. Las empresas licitadoras deberán acreditar que se encuentran debidamente clasificadas en:

| GRUPO | SUBGRUPO | TIPO DE SERVICIO | CATEGORÍA |
|----------|----------|-------------------|-----------|
| T | 1 | Publicidad | C |

Habrà que presentar certificación expedida por el Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda o testimonio notarial del mismo, acompañado de una declaración responsable de su vigencia y de que se mantienen las circunstancias que sirvieron de base para su otorgamiento. Dicho documento deberá acreditar que el licitador está clasificado en los grupos y subgrupos que se especifican, en categorías iguales o superiores. Este requisito no será exigible a empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea, que deberán ajustar su documentación a las especialidades exigidas en su apartado específico».

De los anuncios se desprende que el plazo de presentación de ofertas finaliza a las 14:00 horas del día 16 de julio de 2013.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la recurrente ZARAGON COMUNICACIÓN S.L. (en adelante ZARAGON).

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 23 de julio de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre uno), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, entre los que se encuentra ZARAGON. Acordó la concesión de un plazo de tres días de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En concreto, consta en el acta:

«ZARAGÓN COMUNICACIÓN S.L.:

No presenta certificación de tener la **clasificación exigida** (T-1-C), tan sólo aporta solicitud de fecha 28 de junio de 2013.

En el **compromiso de adscripción de medios** personales, técnicos y materiales (exigido en el Anexo 9 del PCAP), en relación con los medios técnicos, no se incluyen (...)).

Consta en el expediente que con fecha 24 de julio de 2013 la ahora recurrente presentó escrito en el que pretendía subsanar los defectos señalados por la Mesa de contratación.

TERCERO.- A su vez, y el mismo 24 de julio de 2013 tuvo entrada, en el Registro General del Gobierno de Aragón, recurso «de impugnación» interpuesto por D. Jorge Cano Olivera en representación de ZARAGON contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del referido contrato.

La recurrente ha incumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

Con la interposición del recurso, ZARAGON solicita la anulación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente en lo referido a la exigencia de clasificación para las licitadoras. Como consecuencia de lo anterior, la recurrente solicita a su vez la revocación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del procedimiento de contratación y repetición del mismo, no recogiendo los nuevos Pliegos la ya referida exigencia de clasificación empresarial.

En su escrito la recurrente alega, respecto de la exigencia de clasificación empresarial, lo siguiente:

- a) Se afirma que la citada exigencia de clasificación empresarial es desproporcionada, en tanto en cuanto supone la imposibilidad de acceder al concurso a una serie de licitadoras que hasta la fecha venían participando en este tipo de procedimientos; todo ello, sostiene, sin que exista una justificación objetiva para la exigencia de dicho requisito. A su vez y a juicio de la recurrente, la fijación de esta exigencia conlleva una restricción de la concurrencia que impediría obtener la oferta económicamente más ventajosa, lo cual viene a contravenir los principios rectores que rigen la contratación pública. A modo de ejemplo, la recurrente afirma que de forma previa sólo se exigía la inscripción y el alta en Registro de Licitadores del Gobierno de Aragón, y que con este requisito bastaría para acreditar la solvencia necesaria para participar en el procedimiento.
- b) Sostiene que su representada ha presentado ante el Ministerio de Hacienda la documentación necesaria para la obtención de la pertinente clasificación con fecha previa al cierre del plazo para la presentación de proposiciones. Si bien, los plazos de resolución le impiden estar en disposición de la misma para la participación en el presente procedimiento.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

CUARTO.- Con posterioridad a la presentación del recurso, en sesión pública celebrada el 29 de julio de 2013, se apreció por la Mesa de contratación, y en cuanto a la recurrente, que se habían subsanado las deficiencias relativas a los compromisos de adscripción de medios, sin embargo no se había acreditado poseer la clasificación (T-1-C). En consecuencia, la Mesa acordó la exclusión de ZARAGON, por no acreditar la solvencia exigida en el PCAP.

Seguidamente se procedió, en la misma sesión, a la apertura del Sobre dos, que contenía la documentación que debía ser objeto de evaluación previa, de acuerdo con los criterios del Anexo I del PCAP. Tras la apertura, se acordó la remisión de las ofertas a los servicios técnicos y jurídicos para su valoración, con vistas a elaborar el correspondiente informe técnico. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

QUINTO.- El 6 de agosto de 2013, el órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el recurso y el expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente.

El 6 de agosto de 2013, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

SEXTO.- El 9 de agosto de 2013, D. Carlos Callizo López, en representación de CUBO DISEÑO S.L, presenta ante este Tribunal escrito



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en el que se opone al recurso planteado, afirmando que la exigencia de clasificación es habitual en los concursos en función de la cuantía de los mismos y sosteniendo que la repetición del concurso perjudicaría a las empresas ya admitidas, suponiendo al mismo tiempo un retraso en la puesta en funcionamiento del Acuerdo Marco.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo es necesario señalar que, pese a no haberse calificado por el recurrente su reclamación como recurso especial en materia de contratación, de las circunstancias acaecidas se deduce que esa es su intención, por lo que habrá de calificarse y tramitarse como tal, en virtud de lo previsto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), conforme al cual: *«(...) 2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».*

Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ZARAGON COMUNICACIÓN S.L. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un Acuerdo Marco sujeto a regulación armonizada, tramitado mediante procedimiento



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

abierto y con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 600 000 euros, IVA no incluido.

El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y se plantea en tiempo y forma, dado que, cuando se impugnan pliegos, dispone el artículo 44.2.a) TRLCSP que el plazo de impugnación es de quince días hábiles contados a partir del 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 158 de esta Ley. Como tiene sentado este Tribunal en su doctrina, cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa a los interesados (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), 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.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que el mismo se ha interpuesto el 24 de julio de 2013, en el periodo de 15 días hábiles a contar desde la conclusión del plazo establecido para presentar las ofertas (16 de julio de 2013).

La falta de anuncio previo al órgano de contratación se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo que se suscita en el recurso es la de si resulta adecuada la exigencia de clasificación empresarial en la licitación.

Debe señalarse en primer lugar que ZARAGON no plantea su recurso frente a su exclusión de la licitación, que a la fecha de interposición del recurso especial no se había producido, sino frente a los propios Pliegos de la licitación, en concreto la exigencia de solvencia contenida en los mismos.

No puede este Tribunal, acoger el motivo impugnatorio referido al PCAP —ley por la que se rige el procedimiento licitatorio— que fue aceptado y consentido por la recurrente al participar en la licitación, por lo que, al haber devenido firme, no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, al no apreciarse vicios determinantes de nulidad de pleno derecho. En este sentido, entre otros, el Acuerdo de este Tribunal 14/2011, de 19 de julio.

Además, y a la vista de que la recurrente solicita la retroacción de las actuaciones al momento de redacción del PCAP, es oportuno recordar que en el ámbito del Derecho administrativo, la nulidad es una regla excepcional, y sólo se puede apreciar en aquellos supuestos tasados en la Ley, siendo la regla general la de la anulabilidad de los actos administrativos. Las causas de nulidad de pleno derecho, conforme a la doctrina del Consejo de Estado, deben ser interpretadas en sentido estricto.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La doctrina y la jurisprudencia han considerado de forma mayoritaria, que para poder apreciar el vicio de nulidad, ex artículo 62.1 e) LRJPAC, debe tratarse de supuestos de absoluta ausencia de los trámites necesarios para llevar a cabo la cumplimentación del expediente, y con ello, la correcta configuración de la voluntad de quien dicta el acto administrativo. No basta en este sentido, la ausencia sólo de determinados trámites, sino más bien al contrario, debemos apreciar la concurrencia de este motivo ante una auténtica inactividad administrativa, o de vínculos contractuales celebrados al margen del procedimiento, o bien carecer de trámites esenciales para la correcta formación de la voluntad del órgano.

La exigencia en el PCAP de una determinada clasificación empresarial para acreditar la solvencia (en concreto la T-1-c)), no constituye ningún supuesto de nulidad de pleno derecho, sino —como adecuadamente se señala en el informe de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización al recurso— el cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 65 TRLCSP que textualmente determina: *«Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6,8, 21 y 26 del Anexo II».*

El valor estimado de la licitación impugnada, en tanto contrato marco es, como se ha señalado, de 600 000 euros, no encontrándose incluidos los servicios de publicidad en ninguna de las excepciones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contempladas en la norma, siendo la clasificación exigida como requisito indispensable a los licitadores correcta y, por ende, la exclusión por su no acreditación.

A estos efectos, la simple presentación por ZARAGON del documento de solicitud de la misma ante el Ministerio de Hacienda, con fecha 28 de junio de 2013, no puede considerarse que subsana el defecto apreciado pues, como determina el artículo 146.1.b) TRLCSP, las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas, entre otros documentos, de los que acrediten la clasificación de la empresa o, en su caso, los que justifiquen el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional. El párrafo segundo del referido precepto establece una norma especial para el caso de la clasificación, indicando que cuando aquélla estuviere pendiente, deberá aportarse documento acreditativo de haberse presentado solicitud de la misma, debiendo justificarse estar en posesión de aquélla en el plazo establecido en la ley para la subsanación de los defectos u omisiones en la documentación presentada. Circunstancia esta última que no ha podido ser acreditada por ZARAGON en el plazo de subsanación concedido.

Procede, en consecuencia, rechazar el motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Jorge Cano Olivera, en nombre y representación de ZARAGON COMUNICACIÓN S.L, contra los Pliegos del procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de homologación de los servicios de gestión de la publicidad obligatoria, con destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y entes del sector público autonómico adheridos», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.