

Recurso 166/2015**Resolución 359/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 22 de octubre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A.** contra la resolución, de 21 de julio de 2015, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de subtítulo de programas en directo para Canal Sur Televisión, S.A.” (Expediente EC/2-006/15), promovido por Canal Sur Televisión, S.A., sociedad mercantil del sector público andaluz, filial de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía, adscrita a la Consejería de la Presidencia y Administración Local, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de junio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. El citado anuncio además fue objeto de publicación, con esa misma fecha, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 528.000 euros.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En la presente licitación han presentado oferta cuatro empresas, entre las que se encuentra la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 21 de julio de 2015, el órgano de contratación dictó resolución por la que se acordaba la exclusión de la licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución a la entidad ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A.. Dicha resolución fue remitida a la ahora recurrente por correo electrónico el mismo 21 de julio.

CUARTO. El 7 de agosto de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A. contra la citada resolución, de 21 de julio de 2015, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de adjudicación del citado contrato de servicios.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 7 de agosto de 2015 se solicita al órgano de contratación el informe sobre el recurso, el expediente de contratación, las alegaciones efectuadas en relación con la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente y listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones, que fueron remitidos por el órgano de contratación y recibidos en este Tribunal con fecha 10 de agosto de 2015.



SEXTO. Con fecha 12 de agosto de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello han presentado alegaciones las empresas ERICSSON NETWORK SERVICES, S.L.U. y BIENVENIDO GIL, S.L..

SÉPTIMO. Por este Tribunal mediante resolución, de 18 de agosto de 2015, se acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios citado en el encabezamiento de la presente resolución, con motivo de la interposición del recurso 148/2015 interpuesto por la entidad ERICSSON NETWORK SERVICES, S.L.U., circunstancia que fue puesta en conocimiento de ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A. por la Secretaría de este Tribunal mediante escrito de 25 de agosto de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos



susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato licitado es un contrato de servicio no sujeto a regulación armonizada, cuyo objeto se encuentra comprendido entre las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros, convocado por un órgano con la condición de poder adjudicador, y siendo el acto impugnado la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación del contrato, impidiéndole continuar en el procedimiento, se trata de un acto de trámite cualificado, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto en plazo. El artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

(...)

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto examinado, la resolución de exclusión impugnada fue remitida a la ahora recurrente con fecha 21 de julio de 2015, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 7 de agosto de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.



QUINTO. Una vez examinado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La resolución, de 21 de julio de 2015, por la que se acuerda la exclusión de la ahora recurrente del procedimiento de adjudicación, le fue comunicada el mismo día y en dicho escrito se le informa como causa de su exclusión *“el no presentar la clasificación administrativa (Grupo T, Subgrupo 4, Categoría B) exigida en los pliegos que rigen la presente licitación y que le fue también requerida en fase de subsanación de errores materiales según nuestra comunicación del pasado día 8 de julio de 2015”*.

Ante esta causa de exclusión se opone la recurrente en su recurso solicitando que se estime el mismo, declarando que dicha resolución de exclusión es contraria a derecho y que se acuerde la nulidad de las cláusulas del pliego y del anexo I que se señalan en el recurso por resultar oscuras (o, cuanto menos, ambiguas), ordenando, en consecuencia que se retrotraiga la licitación al momento anterior a la redacción de los pliegos a fin de que se redacten correctamente.

La recurrente resume su recurso en tres alegatos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho:

1. Las cláusulas del pliego y del anexo I señaladas en el recurso resultan, por su propio tenor gramatical y sintáctico, oscuras, confusas y ambiguas, induciendo finalmente a error a y contradicción en la convocatoria.
2. Para acreditar la solvencia del licitador se exige una clasificación absolutamente desvinculada del objeto del contrato.
3. El mismo hecho de exigir una clasificación para acreditar la solvencia del licitador es una flagrante violación de la ley que no puede ser convalidada por el Tribunal.



En el primer alegato del recurso, la recurrente parte de la afirmación de que, a su juicio, el objeto de la licitación es un contrato subsumible en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, para cuya celebración no es legalmente exigible la clasificación del contratista.

Coherentemente con dicho planteamiento, sigue manifestando la recurrente, en el primer párrafo del apartado h) de la cláusula 8.2 del pliego se dice que: *“Los licitadores acreditarán su solvencia técnica y económica por cualquiera de los medios previstos en los artículos 62 a 64 y 75 a 79 del TRLCSP y conforme a lo establecido en el Anexo I apartado G de este pliego de cláusulas jurídicas. La clasificación de los licitadores surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar (...)”*.

Esta redacción, sigue alegando la recurrente es imprecisa y da lugar a un contenido equívoco, siendo la interpretación más lógica -que es la adoptada desde el principio por esta parte, también a efectos de no considerar precisa la impugnación de los pliegos-, la de entender que la solvencia puede acreditarse tanto por los medios previstos en el TRLCSP como por la clasificación administrativa que exige el apartado G del Anexo I del pliego. Es más, prosigue la recurrente, esta interpretación es la única compatible con la no exigencia de clasificación para este tipo de contratos, avalada por el hecho de que el segundo párrafo del citado apartado h) aluda a que la clasificación de los licitadores surte efectos -se entiende que junto con otros medios- para la acreditación de la solvencia para contratar.

Acto seguido la recurrente manifiesta que ha venido prestando, a su juicio, con una calidad técnica y adecuada, desde el año 2007 y de manera ininterrumpida para las diferentes emisiones de Canal Sur Televisión, S.A., servicios de titulación, tanto en programas en directo como grabados, por un total de 22.714 horas. Para reforzar su alegato y a efectos probatorios, según manifiesta, aporta relación con servicios anteriores prestados al órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso



defiende que el pliego exigía, con meridiana claridad, la acreditación por parte de los licitadores de su clasificación en el Grupo T, Subgrupo 4, Categoría B. Asimismo, la recurrente no solo no impugno dicho pliego sino que, en virtud de la declaración responsable aportada en el sobre de documentación general, había decidido ofertar al contrato y someterse voluntariamente a él, aceptando íntegramente los pliegos que lo rigen; en consecuencia se había sometido y había aceptado la clasificación exigida para esta contratación, deviniendo esos pliegos como el resto de la documentación en ley para las partes sin que ninguna de ellas se pueda desvincular unilateralmente de los mismos. Para reforzar su alegato trae a colación las resoluciones 270/2012, de 30 de noviembre y 281/2014, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Esta última, según el órgano de contratación, analiza la denuncia de un licitador ante la supuesta improcedencia de la exigencia de clasificación en un contrato de servicios.

Concluye el órgano de contratación que, en el caso que nos ocupa, al no haber sido impugnados los pliegos que rigen la presente licitación se debe de estar a lo dispuesto en los mismos, que son ley entre las partes, cuya fuerza vinculante ha reiterado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De igual manera, alega el órgano de contratación, se ha pronunciado ese Tribunal en un caso exactamente igual al que nos ocupa, siendo también el acto recurrido una resolución de este órgano de contratación (recurso 24/2012), que si bien se desestima por extemporáneo, *“deja constancia que el Tribunal lo habría desestimado por las razones que se exponen y que se dejan citadas a los efectos del recurso”*.

Por otro lado, la empresa ERICSSON NETWORK SERVICES, S.L.U., como entidad interesada manifiesta que no comparte la argumentación de fondo de la recurrente de nulidad de los pliegos al exigirse clasificación, pues esta entidad interesada considera que la solicitud de clasificación es acorde con el ordenamiento jurídico en términos generales.

Por último, la empresa BIENVENIDO GIL, S.L., como entidad interesada pone de manifiesto que el objeto real del recurso son los pliegos y estos al no haber sido



impugnados en su momento procedimental oportuno, su impugnación con motivo de un acto de exclusión deviene extemporánea. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 77/2015, de 24 de febrero, de este Tribunal que según la recurrente señala que “(...) *teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes (...)*”.

Alega la entidad interesada que la afirmación de la recurrente de que el apartado h) de la cláusula 8.2 del pliego es imprecisa y da lugar a un contenido equívoco es errónea, pues a juicio de esta entidad interesada la redacción de la cláusula no plantea ninguna duda respecto del contenido de la misma o sobre la necesidad de acreditar la solvencia a través de la clasificación como medio escogido de requisito de solvencia por el órgano de contratación, por lo que no es la redacción clara e indubitada del pliego la responsable de la exclusión de la recurrente, sino únicamente el exclusivo y propio error interpretativo del pliego por parte de la recurrente, quien, a la vista de la solvencia que afirma poseer, por haber realizado trabajos en el campo de la subtitulación, podría haber obtenido la correspondiente clasificación administrativa con suficiente antelación, habiendo evitado su expulsión de la presente licitación.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede analizar este primer alegato de la recurrente que, ante su exclusión por no acreditar determinada clasificación administrativa, solicita que se acuerde la nulidad de las cláusulas del pliego y del anexo I relativas a la solvencia por resultar contrarias a derecho, pues por su propio tenor gramatical y sintáctico, son oscuras, confusas y ambiguas, induciendo finalmente a error y contradicción en la convocatoria.

Así es preciso analizar si, como alega la recurrente en este primer alegato, por un lado, el objeto de la licitación es un contrato subsumible en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, para cuya celebración no es legalmente exigible la clasificación del contratista y, por otro lado, si la redacción del primer párrafo del apartado h) de la cláusula 8.2 del pliego es imprecisa y da lugar a un contenido equívoco, siendo la



interpretación más lógica la adoptada por la recurrente de entender que la solvencia puede acreditarse tanto por los medios previstos en el TRLCSP como por la clasificación administrativa que exige el apartado G del Anexo I del pliego.

Con respecto a la afirmación de la recurrente de que el objeto de la licitación es un contrato subsumible en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, es preciso recordar que, como alega la recurrente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 41/1999, de 12 de noviembre, ha abordado tal cuestión al señalar en su conclusión segunda *“Que los contratos de subtitulado y los contratos de repicado de imágenes, telecine y transcripción a video pueden considerarse contratos de servicios culturales incluidos en la categoría 26 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y como tales exentos de clasificación según interpretación de la propia Comisión Europea”*.

Los servicios culturales incluidos en la categoría 25 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se encuentran actualmente incluidos en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP. Procede pues examinar si los servicios de la citada categoría 26 están exentos de clasificación como ocurría con la normativa contractual anterior. Al respecto, en relación con el régimen jurídico aplicable al requisito de clasificación del empresario, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de manifestarse, entre otras, en las resoluciones 237/2015, de 7 de julio y 305/2015, de 3 de septiembre, donde se exponía que actualmente nos encontramos en un período transitorio introducido por la Ley 25/2013, que modifica diversos artículos del TRLCSP, y supedita la aplicación de algunos de ellos al desarrollo reglamentario de la norma, que aunque ya se ha realizado por medio del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no entrará en vigor hasta el próximo 5 de noviembre de 2015.

En las citadas resoluciones se recogía que:



“En conclusión, y de acuerdo con el razonamiento expuesto, a día de hoy, no es exigible la clasificación para la celebración de los siguientes contratos de servicios:

a) Los de valor estimado inferior a 200.000 €, expresamente exonerados en el último párrafo de la disposición transitoria cuarta del TRLCSP.

b) Los que, aun teniendo un valor estimado superior, se incluyan en las categorías 6 y 21 del artículo 206 del TRLCAP, así como los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos de la categoría 26 del citado artículo 206 del TRLCAP (concordantes con las reseñadas con idénticos números en el Anexo II del TRLCSP), todos ellos dispensados por el artículo 25.1 del TRLCAP.

c) Los que, no estando comprendidos en las letras precedentes, sean subsumibles en las categorías 8, 26 (no sólo las de creación e interpretación artística) y 27 del Anexo II TRLCSP, puesto que la exigencia de clasificación para ellos que contenía el artículo 25.1 TRLCAP quedó derogada en virtud de la redacción originaria del artículo 54 y de la disposición transitoria quinta, ambos de la LCSP.”

Por tanto, conforme a lo anteriormente expuesto, en el presente contrato, encuadrable en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, no es exigible clasificación administrativa. A mayor abundamiento, aún manteniendo que la categoría pudiese ser la 27, como se establece en la documentación del contrato, no sería asimismo exigible la clasificación administrativa conforme a lo manifestado anteriormente.

Con respecto a la afirmación de la recurrente de que la redacción del primer párrafo del apartado h) de la cláusula 8.2 del pliego es imprecisa y da lugar a un contenido equívoco, siendo la interpretación más lógica la adoptada por la recurrente de entender que la solvencia puede acreditarse tanto por los medios previstos en el TRLCSP como por la clasificación administrativa que exige el apartado G del Anexo I del pliego, es preciso analizar el contenido de las citadas cláusulas.

Al respecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), pliego de



cláusulas jurídicas en la terminología del expediente de contratación, regula la solvencia del empresario, en lo que aquí interesa, en el apartado h) de la cláusula 8.2 y en el apartado G del Anexo al mismo con la siguiente dicción:

Apartado h) de la cláusula 8.2 del PCAP: “*Los licitadores acreditarán su solvencia técnica y económica por cualquiera de los medios previstos en los artículos 62 a 64 y 75 a 79 del TRLCSP y conforme a los establecidos en el Anexo I apartado G de este Pliego de Cláusulas Jurídicas.*”

La clasificación de los licitadores surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar.

Los licitadores tendrán que acreditar su clasificación, mediante la correspondiente certificación, cuando así se exija en el Anexo I, apartado G de este pliego.”

Apartado G del Anexo I del PCAP: “*G: CLASIFICACION. GRUPO T - SUBGRUPO 4 - CATEGORIA B.*”

De lo anterior cabe deducir que la interpretación del primer párrafo del citado apartado h) no es la que realiza la recurrente al entender que la solvencia se puede acreditar de forma alternativa (por lo medios previstos en el TRLCSP o por la clasificación como exige el apartado G del Anexo I del PCAP), sino que, en todo caso, habría de interpretarse de forma acumulativa, de ahí la conjunción copulativa “y”, pues la interpretación alternativa habría de contener, por el contrario, la conjunción “o”.

En todo caso, el tercer párrafo del citado apartado h) es concluyente y no admite lugar a dudas ni equívocos cuando afirma que “*Los licitadores tendrán que acreditar su clasificación, mediante la correspondiente certificación, cuando así se exija en el Anexo I, apartado G de este pliego.*”

Por tanto, hemos de concluir que la necesidad de acreditar la clasificación exigida se



extrae de forma clara y precisa del PCAP, no existiendo en la redacción de los apartados h) de la cláusula 8.2 y G del Anexo I, ambos del PCAP, oscuridad, confusión o ambigüedad, quedando perfectamente clara la exigencia de que cada licitador tiene que acreditar su clasificación en el Grupo T, Subgrupo 4, Categoría B.

Queda, pues, por analizar si la calificación del objeto del contrato en la categoría 27, en vez de en la 26 y la exigencia de clasificación administrativa cuando la ley no la exige, constituyen vicios de nulidad o de simple anulabilidad.

En cuanto a la calificación del objeto del contrato en la categoría 27, en vez de en la 26, es una cuestión menor pues, en todo caso, sea una u otra categoría como se ha expresado anteriormente no requieren clasificación.

En cuanto a la naturaleza del vicio cometido, nulo o anulable, al exigir clasificación administrativa cuando la ley no la establece, este Tribunal comparte plenamente el parecer del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que defiende que la indebida exigencia de una clasificación administrativa ha de considerarse un vicio de nulidad de pleno derecho, y ello sobre la base de las siguientes consideraciones recogidas, por todas, en la Resolución 444/2013, de 10 de octubre, que señala *“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.”

Queda claro pues que la indebida exigencia de una clasificación administrativa ha de considerarse un vicio de nulidad de pleno derecho.

SÉPTIMO. Analizado que las cláusulas del PCAP relativas a la exigencia de clasificación son nulas de pleno derecho, la cuestión es de si, a través de la estimación de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la exclusión de un licitador, es posible o no anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación es una cuestión debatida que además alega en sentido negativo el órgano de contratación en su informe y una de las entidades interesadas.

Al respecto, es necesario poner de manifiesto que, conforme a reiteradísima jurisprudencia y como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más



recientes la 77/2015, de 24 de febrero, alegada por una de las entidades interesadas, y la 120/2015, de 25 de marzo, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. De modo que la recurrente no puede impugnar con motivo de su exclusión el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta.

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones, que han de concurrir de forma acumulativa, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto este Tribunal, entre otras, en las recientes resoluciones 290/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 333/2015, de 7 de octubre y 342/2015, de 14 de octubre. Aquéllas son:

- 1.** Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
- 2.** Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si en el recurso se solicita expresamente -de modo principal o subsidiario- la nulidad de la estipulación. También habría congruencia si solo se pide la retroacción de actuaciones o la adjudicación a la recurrente o la admisión de ésta sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el órgano de contratación.
- 3.** Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.



En este sentido, la Sentencia 4559/2012, de 5 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición de la recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, en la que se declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

Procede, pues, analizar si en las pretensiones aducidas por la recurrente en su recurso concurren o no las excepciones expuestas anteriormente.

La primera excepción exige que en las estipulaciones del pliego controvertidas concorra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho, cuestión que



como hemos podido comprobar se cumple pues la indebida exigencia de una clasificación administrativa ha de considerarse un vicio de nulidad de pleno derecho.

Cumplida la primera de las excepciones por las que la recurrente podría impugnar con motivo de su exclusión el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta, procede comprobar si se cumplen además las dos excepciones siguientes.

La segunda excepción señala que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, pues en el recurso se solicita expresamente de modo principal la nulidad de la estipulación controvertida -apartados h) de la cláusula 8.2 y G del Anexo I, ambos del PCAP-.

La tercera y última de las excepciones señala que la estipulación incurso en nulidad de pleno derecho posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del órgano de contratación a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería libre para perpetrar una arbitrariedad.

Esto es lo que ocurre en el presente supuesto pues si solo se anulase la exclusión de la recurrente, al retrotraerse las actuaciones por el órgano de contratación y dictar un nuevo acuerdo que sustituya al anulado sería libre el órgano de contratación para perpetrar, aunque fuese de forma hipotética, una arbitrariedad pues no tendría límites para admitir o excluir a la recurrente en función de la documentación presentada para justificar su solvencia, pues en los pliegos, aparte de la clasificación, no se establece el requisito o requisitos en función de los cuales podrá acreditarse la citada solvencia.

Por tanto, por mucho que, como señala el órgano de contratación y una de las



entidades interesadas, no fuera en su momento impugnada la previsión de los apartados h) de la cláusula 8.2 y G del Anexo I, ambos del PCAP, es posible que por la recurrente, con ocasión de la impugnación del acuerdo de su exclusión, por no haber acreditado debidamente el requisito exigido, se cuestione la propia procedencia de la exigencia de clasificación, toda vez que, como se ha expresado aquellas cláusulas del PCAP resultan contrarias a derecho, cumpliéndose las tres excepciones citadas, esto es que deben considerarse incursas en nulidad de pleno derecho, que la declaración de la misma es congruente con la petición y que las cláusulas incursas en nulidad de pleno derecho posibilites, aunque sea hipotéticamente, una actuación arbitraria, no solo ilegal, del órgano de contratación a lo largo del procedimiento.

Por último, en cuanto a la Resolución 281/2014, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que el órgano de contratación trae a colación en donde, a su juicio, se analiza la denuncia de un licitador ante la supuesta improcedencia de la exigencia de clasificación en un contrato de servicios, es necesario poner de manifiesto que en esa resolución se analiza un supuesto distinto al presente, pues en ella la controversia se suscita en un supuesto de acumulación de clasificación de las Uniones Temporales de Empresas, supuesto que en nada se asemeja al presente en el que la cuestión debatida es la indebida exigencia en los pliegos de una clasificación administrativa. Asimismo, en la resolución del recurso 24/2012, interpuesto ante este Tribunal, y alegada por el órgano de contratación, se analiza también un supuesto distinto pues en aquel caso la recurrente fue excluida por no acreditar la clasificación, sin que en ningún momento se planteara por la misma la conformidad o no a derecho de su exigencia.

Cuanto ha quedado expuesto anteriormente conlleva, sin necesidad de abordar los restantes alegatos segundo y tercero de la recurrente, la estimación del recurso, anulando el acuerdo de exclusión objeto de impugnación y declarando la nulidad de pleno derecho de los apartados h) de la cláusula 8.2 y G del Anexo I, ambos del PCAP, por no ser correcta ni conforme a lo previsto en el TRLCSP la exigencia de clasificación allí contenida. Como consecuencia de ello, debe anularse el procedimiento de contratación y ponerse en marcha uno nuevo, con el fin de que se



redacte el pliego conforme a Derecho y se le dé nueva publicidad que permita una adecuada concurrencia, todo ello con fundamento en el artículo 1 del TRLCSP, en el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores, tanto de los concurrentes como de terceros que hubieran podido presentarse a dicha licitación de no mediar la indebida exigencia de clasificación.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A.** contra la resolución, de 21 de julio de 2015, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de subtítulo de programas en directo para Canal Sur Televisión, S.A.” (Expediente EC/2-006/15), promovido por Canal Sur Televisión, S.A., sociedad mercantil del sector público andaluz, filial de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía, adscrita a la Consejería de La Presidencia y Administración Local y, en consecuencia, declarar la nulidad del acto impugnado, de los apartados h) de la cláusula 8.2 y G del Anexo I del pliego de condiciones jurídicas y del procedimiento de adjudicación, al haberse incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración de los pliegos, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 18 de agosto de 2015.



TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

