

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 7 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña O.M.U., en nombre y representación de la mercantil Grupo Exceltia, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de atención al público complementario al programa cultural del patronato sociocultural” expte. 216/2015, del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 5 de agosto de 2015 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid anuncio de licitación del contrato de servicios de atención al público complementarios al Programa Cultural del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas. El valor estimado asciende a 2.951.662,81 euros. El plazo de presentación de ofertas finaliza el 10 de septiembre.

Segundo.- Según la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el objeto del contrato consiste en los servicios de atención al público

complementarios al programa cultural del Patronato Sociocultural con arreglo a las características y condiciones definidos en la cláusula primera del Pliego de Condiciones Técnicas (servicios auxiliares de información, jefatura de sala, de taquillas, de acomodadores y de portería). Se indican como códigos de la nomenclatura CPV (Vocabulario Común de Contratos), 75130000-6 (servicios de apoyo a los poderes públicos), 92000000-1 (esparcimiento, culturales y deportivos) y 92320000-0 (servicios de explotación de instalaciones artísticas). Asimismo se incluye en la categoría 26 del anexo II 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).

La cláusula 11 del PCAP “*CAPACIDAD DE CONTRATAR. REQUISITOS DE SOLVENCIA*”, exige que para concurrir a la licitación se ha de acreditar la clasificación en el grupo L Servicios Administrativos, subgrupo 6 servicios de portería, control de accesos e información al público, categoría C y en el grupo L Servicios Administrativos, subgrupo 2 servicios de gestión de cobros, categoría A.

Tercero.- El 21 de agosto de 2015 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grupo Exceltia, S.A. en el que solicita que los pliegos se subsanen y modifiquen, eliminando la mención de exigencia de clasificación empresarial y que los licitadores puedan justificar su solvencia, tanto técnica, y financiera bajo criterios y requisitos proporcionales tanto al objeto de contrato como a la cuantía del mismo.

El 31 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP), en cuanto afirma que la clasificación exigida a los licitadores le impide participar en el procedimiento.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de la licitación fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 5 de agosto, e interpuesto el recurso el 21 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios de cuantía superior a 207.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exigencia de clasificación en un contrato de servicios clasificado en la categoría 26 “servicios de esparcimiento, culturales y deportivos” del Anexo II del TRLCSP.

Considera la recurrente que dado que el órgano de contratación ha categorizado el objeto del contrato dentro de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, no procede la exigencia de clasificación, por consiguiente los pliegos no se ajustan a derecho. Afirma que el objeto del contrato viene definido en los pliegos, es conforme la categoría 26 y se ajusta al objeto del servicio, pero la exigencia de

clasificación es contraria a derecho, lesionando sus intereses legítimos por cuanto no puede presentarse a la licitación.

Sobre la exigencia de clasificación y la aplicación del artículo 65.1 del TRLCSP existen diferentes pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, entre los que destacamos las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 292/2015, de 29 de marzo, 300/2014, de 11 de abril, o las Resoluciones 100/2015, de 26 de junio 113/2014, de 9 de julio y 128/2012, de 10 de octubre de este Tribunal.

La Circular 1/2014 de la Abogacía General del Estado, considera, interpretando el régimen transitorio aplicable a la modificación sobre clasificación de las empresas y requisitos mínimos de solvencia introducidos por la Ley 25/2013, que el artículo 25.1, párrafo primero, del texto refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, mantiene su vigencia. Sin embargo debe concretarse cuál es el alcance del citado artículo, en los siguientes términos.

En relación a la clasificación el artículo 65 del TRLCSP, en la redacción dada por el apartado Tres de la Disposición final tercera de la Ley 25/2013 citada establece:

“Artículo 65 Exigencia y efectos de la clasificación.

1. La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:

a)

b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. (...).”

No obstante la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP, tras la redacción dada por el apartado ocho de la Disposición final tercera de la Ley 25/2013, anteriormente citada establece:

“Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia.

El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de 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 los contratos de obras y los contratos de servicios, 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.

(...)”.

Por su parte, el artículo 25.1 del TRLCAP en su redacción inicial, exigía clasificación para los contratos de servicios con un presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros), pero añadía: *“Se exceptúan de este requisito los contratos comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 206 y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.*

De acuerdo entonces con este artículo 25 del TRLCAP se exceptuaban de exigencia de clasificación los contratos de servicios de las categorías 6 y 21 y los que tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Por tanto a primera vista, mantenida su vigencia, supondría que debería exigirse la clasificación para todos aquellos contratos de servicios no amparados en las excepciones del mismo (en las categorías 6 y 21 del artículo 206 y algunos de los comprendidos en la categoría 26).

Pero queda claro que la vigencia que restablece la Disposición transitoria cuarta se refiere a la redacción del citado artículo en el momento de su declaración de vigencia por la actual disposición transitoria cuarta del TRLCSP y en dicha fecha la redacción del artículo 25.1 del TRLCAP también había sido modificada por el artículo 54.1 de la Ley 30/2007, en cuanto dispensaba de clasificación los contratos comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II. Por lo tanto también debe entenderse excluida de la exigencia de clasificación la categoría 26 del Anexo II en toda su extensión, no solo los contratos de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos que originalmente delimitaba como excepción a la clasificación el artículo 25 del TRLCAP.

En este sentido y para mayor claridad el Tribunal se remite a la Resolución 300/2014, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), pues comparte la exposición y conclusiones de la misma en cuanto concluye que no es exigible la clasificación para la celebración de los siguientes contratos:

“Los que, no comprendidos en las letras precedentes, sean subsumibles en las categorías 8, 26 (no solo los de creación e interpretación artística) y 27 del Anexo II del TRLCSP, puesto que la exigencia de clasificación para ellos se contenía en el artículo 25.1 quedó derogada en virtud de la redacción originaria del artículo 54 LCSP y de la DT 5ª LCSP”.

En consecuencia, estando incluido el contrato objeto del recurso en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP no es susceptible de exigir clasificación para ser contratista del mismo.

La Secretaría del Consejo Rector del Patronato Sociocultural de Alcobendas, en su informe al recurso, manifiesta que es indubitada la posición doctrinal en relación a la vigencia parcial del artículo 25.1 de la LCAP a la vista de la interpretación que del artículo 65.1 del TRLCSP realiza el TACRC, lo que le lleva a admitir la imposibilidad de exigencia de clasificación en los términos en que está

redactada la documentación contractual y concluye que se ha observado una incorrecta exigencia de clasificación al encuadrar el expediente de contratación dentro de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, incidencia ésta precisa de subsanar sin dilación por parte del Patronato.

Sexto.- Asimismo, el informe del órgano de contratación al recurso incluye entre sus conclusiones que:

“2.- Se ha observado la omisión de otras categorías contractuales de los servicios a prestar, a la vista de las diferentes prestaciones señaladas en el Pliego de prescripciones técnicas, extremos estos que serán valorados por los servicios técnicos del Patronato en orden a la modificación en la redacción del actual Pliego de cláusulas administrativas particulares.

3.- Se ha observado la omisión de varias Codificaciones CPV en el expediente a la vista de las diferentes prestaciones señaladas en el mismo.

4.- Se considera que el servicio de taquillas goza de relevancia significativa en el conjunto del expediente dado la absoluta necesidad de control de los flujos económicos derivados de los espectáculos, al ser caudales públicos de necesaria fiscalización.

5.- En el día de la fecha se da traslado del presente informe a Presidencia y Gerencia del Patronato en orden a dictar las instrucciones oportunas para suspender el procedimiento con publicación del acuerdo en perfil del contratante, y retrotraer el procedimiento el momento de la confección de los pliegos de condiciones, modificando la categoría del contrato conforme al Anexo II del TRLCSP así como las condiciones de solvencia de los licitadores”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del TRLCSP los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II. Para entender que una determinada actividad constituye el objeto del contrato de servicios debemos analizar previamente si su objeto tiene encaje en alguna de las actividades cuyos códigos CPC y CPV se enumeran en las categorías 1 a 26 del Anexo II del TRLCSP, para lo cual deberemos verificar con qué actividad de las listadas en el Reglamento

Nº 21/2002, se corresponde cada uno de los códigos que están incluidos en las 26 categorías.

La categoría 26 “servicios de esparcimiento, culturales y deportivos” del anexo II del TRLCSP incluye los números de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8 (excepto 92230000-2, 92231000-9, 92232000-6).

La nomenclatura CPV (Vocabulario Común de Contratos), 75130000-6 (servicios de apoyo a los poderes públicos), 92000000-1 (esparcimiento, culturales y deportivos) y 92320000-0 (servicios de explotación de instalaciones artísticas) que se ha hecho constar en el PCAP se corresponde con el objeto del contrato y se incardina en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP.

No es objeto del recurso ni corresponde al Tribunal decidir si el contrato debe incluirse en otras categorías. En el informe al recurso del Patronato se indica que se procederá a subsanar en el pliego otras codificaciones del CPV que se han omitido, algunas de ellas encuadradas en la categoría 12 y otras en la 11 y 6 del anexo II del TRLCSP.

No cabe anticiparse al contenido de un pliego que aún no ha sido aprobado ni menos aún objeto de impugnación, sin embargo sí quiere recordar el Tribunal que, tal como manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 0300/2014, de 10 de abril y 0520/2015, de 5 de junio, la atribución de varios códigos es perfectamente ajustada a derecho, pues no existe precepto alguno que imponga la necesidad de atribuir a un contrato exclusivamente un solo código de la nomenclatura CPV. Antes bien, teniendo en cuenta que ésta obedece a una finalidad descriptiva pueden emplearse varios códigos que permitan identificar adecuadamente el contrato respectivo. El Manual explicativo de la nomenclatura CPV que, pese a no tener valor oficial, no deja de tener cierto carácter orientativo afirma en su apartado 6.2: *“Las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible. Se puede, desde luego,*

utilizar más de un código en los formularios normalizados destinados a la publicación de los anuncios de contratos públicos (véase el sitio web eNotices). Esto será necesario, por ejemplo, si no hay ningún código específico que resulte adecuado. En tales casos, sin embargo, el primero de los códigos utilizados deberá considerarse el título y será, por tanto, algo más general (con más ceros al final) que los otros códigos”.

Sin embargo, a diferencia de la nomenclatura CPV, en la que, como hemos visto, el órgano de contratación puede seleccionar todos los códigos que estime pertinentes (aunque la Comisión Europea, en su manual no oficial, recomiende un máximo de veinte), el contrato de servicios debe ser clasificado en una sola de las categorías previstas en el Anexo II de TRLCSP. Para ello, y cuando las prestaciones sean subsumibles en más de una de aquéllas, habrá de estarse a la correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico, según resulta de los artículos 12 TRLCSP y 22 de la Directiva 2004/18/CE, pues, a fin de cuentas, es para la adjudicación para lo que resulta necesaria la categorización del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña O.M.U., en nombre y representación de la mercantil Grupo Exceltia, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de atención al público complementario al programa cultural del patronato sociocultural” expte. 216/2015, del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas,

anulando la cláusula 11 del PCAP en tanto se exige la clasificación a los licitadores, el cual deberá ser nuevamente redactado y aprobado.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.