

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

En Madrid, a 16 de octubre de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por Don J.M.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar del “Servicio de conservación, reparación, renovación y mejora de las instalaciones de las fuentes públicas decorativas y láminas de agua, lagos, aljibes, pozos, estaciones de bombeo y grupos de presión existentes en edificios; riegos de polideportivos y piscinas del municipio de Getafe”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el DOUE de fecha 14 de agosto de 2013 se publicó la convocatoria de licitación pública del servicio mencionado. Asimismo se publicó en el BOE de 3 de septiembre. El valor estimado del contrato es de 2.727.272,72 euros.

**Segundo.-** El 16 de septiembre AMI remitió mediante fax al órgano de contratación anuncio previo de interposición de recurso especial en materia de contratación. El mismo día presentó en la Oficina de Correos, registrado de entrada en el Ayuntamiento

de Getafe el 18 del mismo mes, escrito solicitando la urgente modificación del criterio de acceso a la licitación referido, dejándolo sin efecto, en el sentido de exigir exclusivamente la tenencia de la clasificación. Ello con el propósito que se cumplan todas las previsiones legales necesarias para el buen fin del concurso, y dado que no se trata de criterios vinculados al importe del contrato. Con ello se permitiría (o lo que es lo mismo, no se cercenaría) que las empresas interesadas en licitar puedan hacer sus ofertas en plano de igualdad, facilitando con ello la libre competencia que debe de regir en todo concurso por procedimiento abierto. Ad Cautelam, dada la brevedad de los plazos, y para el supuesto de no ser atendida la petición efectuada, este escrito tendrá el carácter de recurso especial en materia de contratación para ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

El recurso alega inadecuada exigencia de cuatro subgrupos de clasificación a los licitadores e improcedencia de la exigencia de manera acumulada de clasificación y solvencia.

**Tercero.-** El 20 de septiembre de 2013, no habiendo atendido la solicitud presentada, el Ayuntamiento remitió a este Tribunal el escrito de recurso, copia del expediente de contratación y el informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

**Cuarto.-** Con fecha 25 de septiembre el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En primer lugar cabe examinar si se cumple el requisito procedimental de legitimación activa necesario para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del

TRLCSP).

La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza, confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar legitimada una asociación se requiere que ostente un interés legítimo, considerando éste como el interés de sus asociados o de algunos de ellos, o un interés que afecte directamente a la asociación como tal. Además la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio *pro actione*, superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y defiende. Debe acudirse a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a

sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre el poder de representación que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la justificación de la decisión de litigar tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues, siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de constatarse que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin y que lo tome el órgano que tiene atribuida tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso-administrativo es aplicable para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

Una vez expuesta la anterior doctrina, podemos abordar ya el examen de la cuestión planteada respecto del presente recurso.

En primer lugar, la Asociación AMI aporta el texto de los Estatutos depositados en el Registro Nacional de Asociaciones el 3 de diciembre de 2008, en los que consta que es *“una asociación empresarial independiente de ámbito nacional”* que tiene entre sus fines *“la promoción y defensa de la libre empresa en los sectores de mantenimiento integral y servicios energéticos así como representar a sus miembros y a la asociación ante los organismos administrativos o judiciales”*.

Pueden ser socios de pleno derecho según el artículo 38 de los Estatutos *“las sociedades mercantiles con trabajadores en plantilla que ejerzan en diferentes puntos del territorio nacional como actividad económica o profesional las actividades de acondicionamiento, mejora, reparación y mantenimiento de edificios, infraestructuras e industrias”*.

Según se alega en el recurso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece una serie de requisitos para poder participar en la licitación que restringen de forma injustificada la concurrencia, lo que permite concluir que la decisión que se adopte representa para una entidad que asume la defensa de intereses colectivos, algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos como es la posibilidad de licitar de sus asociados en mejores condiciones, en caso de ser estimado el recurso, por lo que cabe reconocer legitimación para la interposición del presente recurso.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso y el requisito previo de acreditación del acuerdo del órgano que tiene atribuidas las competencias para decidir el ejercicio de acciones administrativas, pues se adjunta un certificado del Secretario General en el que consta que la Junta Directiva acordó proceder a la interposición del recurso especial frente a los pliegos del servicio objeto del mismo.

**Segundo.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP correspondiente a un contrato de servicios clasificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1 a) y 40.2 a) del TRLCSP.

**Cuarto.-** 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.

**Quinto.-** En la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares relativa a las “Proposiciones y Documentación”, se recoge la exigencia de contar con la siguiente clasificación:

- Grupo O, Subgrupo 04, Categoría A
- Grupo O, Subgrupo 07, Categoría B
- Grupo P, Subgrupo 01, Categoría B
- Grupo P, Subgrupo 02, Categoría B

La recurrente alega que *“se exige un número de subgrupos (en total, 4), no permitido por el artículo 46 del Reglamento de Contratación, que establece la no exigibilidad de clasificación en más de dos subgrupos en total para los contratos de servicios (como es el caso); lo anterior salvo excepcionalidad -que s.e.u.o. en su apreciación-, no se ha dispuesto en modo alguno en los documentos base del contrato y que, por tanto, no queda justificada”*. Entiende necesario que se proceda a la urgente modificación tanto del anuncio de licitación, como de la cláusula 14 del PCAP en el sentido indicado de exigir clasificación, como máximo, en dos subgrupos en total (es decir, dejar sin efecto el resto de subgrupos exigidos (2 restantes). Al efecto cita el informe 30/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en relación a los subgrupos de clasificación exigibles en los contratos de mantenimiento integral de edificios concluye que *“en los contratos que tengan por objeto el mantenimiento integral de un edificio el órgano de contratación puede considerar suficiente y así exigirle clasificación en el grupo O, subgrupo 1, de los especificados en el artículo 37 del Reglamento o, teniendo en cuenta el objeto del contrato, puede exigir clasificación en varios subgrupos de los grupos O, P y U, en cuyo supuesto deberá aplicar la limitación prevista en el artículo 46 del Reglamento”*.

Señala el órgano de contratación en su informe al recurso que debido a la amplitud del objeto del contrato que comprende los trabajos de “conservación,

reparación, renovación y mejora de las instalaciones de las fuentes públicas decorativas y láminas de agua, lagos, aljibes, pozos, estaciones de bombeo y grupos de presión existentes en edificios, riegos de polideportivos y piscinas del municipio de Getafe” y de las diferentes actuaciones a realizar dentro del mismo, se ha considerado necesario que las empresas estén en posesión de clasificación en los dos grupos exigidos y dentro de cada uno de los grupos la de los dos subgrupos requeridos, entendiendo que no se vulnera lo preceptuado en el artículo 46 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Según dispone el artículo 46 del RGLCAP la clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un contrato de servicios, será determinada con sujeción a lo dispuesto en el artículo 36, con excepción de su apartado 4, y con la salvedad que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, a que se refiere su apartado 2, párrafo a), no podrá ser superior a dos.

El artículo 36.2 del RGLCAP dispone:

*“Cuando en el caso anterior, las obras presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obras correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes:*

*a) El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.*

*b) El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato, salvo casos excepcionales”.*

El subgrupo es el primer y único nivel de desagregación de la clasificación en grupos de las empresas de obras y servicios. Hay que tener en cuenta que el subgrupo está definido por referencia a un grupo, es decir no existe de forma aislada por ejemplo el subgrupo 1. Para su adecuada mención ha de señalarse a qué grupo se refiere:

subgrupo O1 o subgrupo P1, de manera que el número de subgrupos se ha de contar en función del número de desagregaciones de dos niveles independientemente de si se refieren al mismo o a distinto grupo de la clasificación.

Dichas consideraciones acerca de la no exigibilidad de clasificación en más de dos subgrupos en total para los contratos de servicios, han sido refrendadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en su Informe 01/08, de 28 de julio, argumenta que *“con carácter general procede indicar que el artículo 36.4 del RGLCAP hace una remisión a la limitación señalada en el art. 36.2.a) de la misma norma en cuanto al número de subgrupos exigibles. Este último artículo establece que “el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a 4”. No introduce, por tanto, el artículo ninguna mención a que habrán de ser 4 subgrupos dentro de cada uno de los grupos, por lo que debe entenderse que se refiere a 4 subgrupos pertenecientes a cualesquiera de los grupos, por ser esta interpretación la más ajustada a la literalidad y espíritu del Reglamento y la más favorable a los derechos de los licitadores.*

*Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que el art. 36.5 del Reglamento ofrece a la Administración de exigir la clasificación a nivel de grupo cuando “por la naturaleza de la obra resulte necesario que el contratista se encuentre clasificado en todos los subgrupos básicos del mismo”.*

Por otra parte no se justifica en el expediente circunstancia excepcional que justifique la exigencia de más de dos subgrupos, debiendo determinarse los subgrupos exigibles de acuerdo con las normas del RGLACP. En consecuencia, procede anular la cláusula 14 del PCAP en cuanto a la exigencia de más de dos subgrupos de clasificación como empresa de servicios y en consecuencia del procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

**Sexto.-** Se alega por la recurrente que la cláusula 14 “Proposiciones y Documentación”, bajo la letra f) dispone que: a) Se habrá de incluir el certificado

acreditativo de clasificación como empresa contratista de servicios (de estar clasificados en el Grupo 0, Subgrupos 4 y 7; así como en el Grupo P, Subgrupos 1 y 2), y además habrá de acreditarse la solvencia económica y financiera a través de declaraciones y justificantes documentales de haber facturado por idénticos servicios a los que son objeto de contratación, lo que considera contrario a Derecho.

Ciertamente, tal como señaló este Tribunal en la reciente Resolución 157/2013, de 9 de octubre, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del TRLCSP *“para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”*. No obstante, la cita que hace la recurrente de la cláusula 14 del PCAP es incompleta. En este caso, la exigencia que se establece de acreditación de solvencia en la letra f) de la cláusula 14 se dirige solo a *“Los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea que no estén clasificados”*. Por tanto no es un requisito acumulativo a la clasificación. En el artículo 66.1 del TRLCSP que establece, en su apartado 1, que: *“No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia”*.

Carece de fundamento la alegación de la recurrente y en consecuencia debe desestimarse la pretensión

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

## ACUERDA

**Primero.-** Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por Don J.M.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar del “Servicio de conservación, reparación, renovación y mejora de las instalaciones de las fuentes públicas decorativas y láminas de agua, lagos, aljibes, pozos, estaciones de bombeo y grupos de presión existentes en edificios, riegos de polideportivos y piscinas del municipio de Getafe”, anulando la cláusula 14 del PCAP en cuanto al número de subgrupos exigidos como requisito de clasificación.

**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.