

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

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Obras de reforma de la Urgencia General y de la U.C.I.T.E. del Hospital Universitario 12 de Octubre”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de septiembre de 2018, se publicó en el DOUE, y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación del contrato de obras mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto, urgente, con pluralidad de criterios, todos ellos automáticos. El valor estimado asciende a 4.180.394,6 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 7.1 de la cláusula primera, establece lo siguiente:

“7.1.1 Empresas españolas y extranjeras no comunitarias:

Criterios de selección

Clasificación del contratista:

| <i>Grupo/s:</i> | <i>Subgrupo/s</i> | <i>Categoría/s:</i> | <i>Categoría/s R.O. 1098/2001:</i> |
|-----------------|-------------------|---------------------|------------------------------------|
| <i>C</i> | <i>4, 6, 8</i> | <i>4</i> | <i>C/4,6,8/E</i> |
| <i>I</i> | <i>6, 7</i> | <i>3</i> | <i>I/1/E</i> |
| <i>J</i> | <i>2, 4</i> | <i>3</i> | <i>J/2,4/E</i> |
| <i>K</i> | <i>9</i> | <i>1</i> | <i>K/9/A</i> |
| <i>(...)</i> | | | |

7.2. CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA Y COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN (art.76 LCSP)

Todos los licitadores deberán completar la acreditación de su clasificación o en su caso solvencia económico financiera y técnica anteriormente expuesta, de conformidad con lo expuesto en el artículo 76 de la LCSP, mediante un compromiso de adscripción de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato y como mínimo, indicación de los nombres cualificación y experiencia profesional, del personal que se adscribe, en las condiciones requeridas en el Pliego Técnico:

Este compromiso quedará integrado en el contrato atribuyéndosele el carácter de obligaciones esenciales previstas en el artículo 211.1.f de la LCSP”.

El 25 de septiembre de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la CNC en el que manifiesta la improcedencia de exigir 8 subgrupos de clasificación y la excesiva exigencia de los requisitos establecidos en el compromiso de adscripción de medios personales, en cuanto se requiere una experiencia que considera totalmente desproporcionada y que supone una restricción injustificada de la competencia. Por ello solicita la anulación del apartado 7 de la cláusula primera del PCAP.

Tercero.- El 4 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen

al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Justifica la exigencia de la clasificación en los subgrupos expresados y de los requisitos de la adscripción de medios por las razones que se expondrán al examinar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 representante de los intereses colectivos de empresas del sector, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el PCAP, de un contrato de obras de valor estimado superior a tres millones de euros por lo que el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados el 6 de septiembre mediante su publicación en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por lo que el recurso interpuesto el día 21 de septiembre, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente alega en primer lugar que el artículo 36.1.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), dice que en los contratos de obras

el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro. Además, el apartado b) añade que: *“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”.*

Argumenta que a la vista del Pliego *“sólo procede la exigencia de los subgrupos, en este caso del C, correspondiente a ‘Edificaciones’ y la de aquel subgrupo de instalaciones que supere el 20% del presupuesto. Tal y como resulta del presupuesto, el resto de los subgrupos que no supere el 20% del presupuesto son totalmente improcedentes ya que estas partidas; no suponen ninguna singularidad respecto a la obra y quedan subsumidos en el subgrupo genérico correspondiente a ‘Edificaciones’.*

Como se puede ver el Presupuesto de Ejecución Material (sin IVA) asciende a 3.451.384,86 euros por lo que el 20% del presupuesto son 690.276,97 euros. Tal y como resulta del resumen por capítulos hay una sola partida que supera el 20%: La de electricidad 17) por importe de 745.534,11 euros.”

El órgano de contratación en su informe alega que *“el objeto del contrato que nos ocupa es la ejecución de obras de reforma en la Urgencia General y en la U.C.I.T.E. de este Hospital, servicios que resultan ser de los más complejos que integran un centro sanitario de alto nivel como es el Hospital Universitario 12 de Octubre. En ellos se tratan en muchas ocasiones patologías críticas que padecen repentinamente personas de toda clase, incluidos niños de muy corta edad, lo cual hace aún más difícil y compleja la atención de estos pacientes que precisan una asistencia médica de urgencia vital en muchas ocasiones.*

Es por ello que los requerimientos técnicos de estas unidades son los más exigentes dentro de las distintas unidades e instalaciones que conforman el Hospital.

Los requerimientos eléctricos en este tipo de unidades deben ajustarse a requerimientos especiales según el reglamento electrotécnico de baja tensión y, en cualquier caso, asimilables a las instalaciones de los quirófanos”.

Finalmente añade que *“La clasificación requerida es conforme a Derecho de acuerdo con lo indicado pues, como es de ver en el PCAP, en ningún caso se solicitan más de 4 subgrupos en cada grupo de clasificación, y porque tal y como se desprende del expediente la obra es de la suficiente complejidad como para requerir la clasificación solicitada, lo que además ha sido respaldado por la declaración de urgencia para la tramitación del procedimiento (doc. 2 de este informe), y por el expreso asentimiento tanto de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid (doc. 3 de este informe), como de la Intervención Delegada en Sanidad de la Comunidad de Madrid...”*.

El artículo 77 de la LCSP establece que la clasificación de los empresarios por los poderes adjudicadores permite acreditar la solvencia en los contratos de obras y servicios. La clasificación es la determinación que hace la Administración, mediante órganos especializados, de la solvencia económica y técnica de las empresas que deseen participar en las licitaciones de los contratos de obras y servicios. Igualmente el artículo 79.5 de la LCSP determina los criterios aplicables y condiciones para clasificación.

La regulación de la clasificación de empresas de obras se concreta en los artículos 26 a 36 del RGLCAP. Los grupos y subgrupos en la clasificación exigible en contratos de obras vienen incluidos en el artículo 25 del RGLCAP. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por la naturaleza de las actividades, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía.

Como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, baste citar la Resolución 320/2018 de 10 de octubre, la determinación del grupo y subgrupo de la clasificación de obras exigible en un contrato determinado debe hacerse a partir del objeto del contrato y de las prestaciones a que se obliga el contratista. En algunos supuestos el objeto contractual no puede ser englobado en un único subgrupo y en estos casos debe tenerse en cuenta que la exigencia de clasificación debe modularse para evitar requerimientos exagerados que limiten la concurrencia. Siendo cierto que la clasificación que se exija en el pliego ha de ser ajustada al objeto del contrato, no lo es menos que, en aquellos casos en los que pueda advertirse un margen de

apreciación a la hora de encajar las concretas prestaciones definidas en los pliegos rectores de la contratación en uno o varios grupos o subgrupos de clasificación deberá reconocerse un ámbito de discrecionalidad en la decisión del órgano de contratación de exigir una concreta clasificación, siempre que efectivamente la misma se acomode al objeto contractual y que dicha decisión no pueda estimarse como irrazonable o arbitraria.

El artículo 36 del RGLCAP dispone: *“1. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.*

2. 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”.

Siguiendo el criterio expuesto por el TACRC en su Resolución 92/2011, de 30 de marzo, *“para poder exigir la clasificación en otros subgrupos es preciso que se cumplan conjuntamente los dos siguientes requisitos: que no se exija clasificación en más de cuatro subgrupos y que el importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente sea superior al 20 por 100 del precio total del contrato. Para poder incumplir alguno de estos requisitos, el Reglamento exige que concurran circunstancias excepcionales (“salvo casos excepcionales” dice el texto del artículo 36.2 del Reglamento citado). Pues bien, tales circunstancias deben estar suficientemente justificadas en el pliego, cosa que en el caso que se examina no ocurre, a pesar de que se incumple el requisito de que el importe de la obra parcial motivadora de la exigencia de clasificación en determinado*

subgrupo supere el 20 por 100 del importe total de la obra, cuestión que aunque no se desprende de la documentación remitida por el órgano”.

En el presente caso el órgano de contratación invoca la existencia de excepcionalidad dada la complejidad de los trabajos y por tratarse de un centro asistencial que está en funcionamiento y que no se ha sobrepasado el número de subgrupos en ninguno de los grupos exigidos.

El Tribunal no puede compartir esa afirmación puesto que en primer lugar, la complejidad que se invoca y a la que se refiere el informe técnico, es de naturaleza organizativa y el hecho de exigir clasificación en diferentes subgrupos de actividades, cuyo importe por otro lado, es en casi todos los casos, mínimo respecto del presupuesto total de ejecución, no supone mayores garantías ni en la organización de la obra, ni en la seguridad de los trabajos, ni en la protección de los pacientes, cuestiones de gran importancia que deben garantizarse por otros medios distintos a la exigencia de la clasificación.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que el apartado 21 de la cláusula primera del PCAP, permite la subcontratación hasta un máximo del 60% del precio de adjudicación, por lo que resulta sin duda desproporcionado exigir la clasificación en una pluralidad de grupos y subgrupos si luego la empresa adjudicataria puede subcontratar gran parte de esas actividades a empresas distintas.

Por lo que respecta al número de subgrupos exigido, inferior a cuatro en todos los casos, no concurriendo en este caso las causas excepcionales invocadas, el Reglamento exige para poder establecer más de uno, dos requisitos acumulativos, no superar el número de cuatro y además que el importe de la obra parcial que exija la clasificación en ese subgrupo, sea superior al 20 % del precio del contrato.

En este caso las dos condiciones solo concurren respecto del Grupo I, instalaciones eléctricas, subgrupo 6, distribución en baja tensión. Por lo que solo en este supuesto se pueden exigir dos subgrupos de acuerdo con la regulación legal.

No debe olvidarse por otro lado, que la exigencia de clasificación en 8 subgrupos supone sin duda alguna una restricción importante del principio de libre concurrencia en contravención de lo establecido en el artículo 132 de la LCSP.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas procede estimar el motivo de recurso, anulando el apartado 7.1.1 de la cláusula primera en cuanto a la clasificación exigida, debiendo establecerse la misma de acuerdo con lo dispuesto con carácter general, en el artículo 36 del Reglamento, anteriormente citado.

Sexto.- El segundo motivo de recurso se refiere a la experiencia exigida en el apartado *“concreción de la condiciones de solvencia y compromiso de adscripción (art.76 LCSP)”*.

Alega la recurrente que: *“Este requisito de adscripción de medios personales excluye al licitador que no lo cumpla, es extremadamente exigente”*. Reproduce los siguientes requisitos:

“El jefe de la obra deberá tener una formación profesional mínima de grado medio y una experiencia mínima en obras emplazadas en centros hospitalarios en funcionamiento de 2 años.

Y el encargado de la obra una formación mínima de certificado de profesionalidad y una experiencia mínima en obras emplazadas en centros hospitalarios en funcionamiento de 2 años.

Lo deberán acreditar con la titulación del personal y la experiencia con un certificado del apoderado donde consten los siguientes datos:

Descripción completa de la obra en la que ha participado.

- Tipo de edificio (Hospital/Otra edificación).*
- Tipo de hospital si procede (público/privado).*
- Carácter (nueva planta/reforma y/o ampliación).*
- Área de la actuación.*
- Importe de la obra.*
- Empresa.*
- Fecha inicio de la participación del profesional en la obra.*

- *Duración de la participación del profesional en la obra.*

Las columnas deberán colocarse en orden temporal de la más moderna a la más antigua.

Los datos aportados deberán acreditarse (certificados de vida laboral, etc.)”.

El órgano de contratación en su informe expone que han concurrido más de cinco empresas a la licitación por lo que no cabe mantener que la exigencia adscripción de medios personales sea injustificada y desproporcionada.

El Tribunal constata que el PCAP de esta licitación al regular el compromiso de adscripción de medios, no exige requisitos mínimos del personal, remitiéndose a las condiciones requeridas en el PPT, que no indica nada en este sentido.

Lo que hace el PCAP es establecer como criterio de selección para la acreditación de la solvencia técnica para las empresas que no presenten la clasificación, es decir: “*Empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea...*” la formación y experiencia del jefe de obra y del encargado en tanto en cuanto son responsable y técnico, encargados directamente de las obras, en aplicación de lo previsto en el artículo 88.1.c) de la LCSP.

La recurrente, Confederación Nacional de la Construcción es una organización empresarial del sector de la construcción en España por lo que debemos entender que representa los intereses de las empresas españolas.

Como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, Resolución 158/2013 de 9 de octubre, la legitimación exige además del interés genérico que pueda tener en la licitación, tener en cuenta si también ostenta dicho interés en relación con las concretas pretensiones hechas valer en el recurso y más específicamente si del contenido de la Resolución que se dicte puede deparársele algún beneficio, o la misma puede afectar de alguna manera a los intereses de sus representados.

El apartado del PCAP que se impugna se refiere exclusivamente a empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea, por tanto ajenas a la

Confederación recurrente cuyos asociados no están afectados por la solvencia requerida puesto que siendo empresas españolas se les exige la clasificación que ya ha sido impugnada en el recurso. Por lo tanto de la modificación de los pliegos en el sentido pretendido por la recurrente no se derivaría ni beneficio ni perjuicio alguno a sus representados.

Por lo anterior procede inadmitir el recurso por falta de legitimación activa en cuanto a la pretensión relativa a la solvencia exigida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP 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 el recurso especial, interpuesto por don P.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Obras de reforma de la Urgencia General y de la U.C.I.T.E del Hospital Universitario 12 de Octubre”, en cuanto al apartado 17.1.1 de la cláusula primera del Pliego de cláusulas administrativas particulares, anulando el mismo y el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse elaborando un nuevo Pliego en el que se establezca la clasificación requerida, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho de la presente resolución. Inadmitir el recurso respecto a la solvencia técnica exigida por falta de legitimación activa.

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 58.2 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.