

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

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.F.F., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Obras de acondicionamiento de los ascensores 7, 21, 22 y 23 del edificio Residencia General y los ascensores 7 y 8 del edificio materno infantil del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: PA 2017-0-151, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 14 de marzo de 2018, se publicó, respectivamente, en el BOCM y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el Perfil de contratante del Hospital, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, calificado de obras, para su adjudicación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. En el anuncio se indica “No procede” su envío al DOUE. El valor estimado asciende a 826.446,28 euros y el plazo de ejecución será de doce meses, sin posibilidad de prórroga.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1ª define el objeto del contrato *“la redacción del proyecto visado por el colegio profesional, su Dirección Facultativa, incluyendo al coordinador de seguridad y salud de todas las instalaciones, la realización de las obras de acondicionamiento de los ascensores 7, 21, 22 y 23 del edificio de la Residencia General y de los ascensores 7 y 8 del edificio Materno Infantil del Hospital Universitario “12 de octubre” en la modalidad recogida en el artículo 124.1 a), que establece dicha contratación conjunta, todo ello de conformidad con el Anteproyecto aprobado.*

Motivos de orden técnico y de seguridad exigen la vinculación del adjudicatario a los estudios de las obras, aportando soluciones que deberán tener en cuenta las características específicas de los ascensores, así como toda aquella normativa específica aplicable a este equipamiento, debiendo ser considerada de igual modo en la ejecución de la obra.

También forma parte del objeto de este contrato todos los trámites y costes derivados de la legalización, permisos, licencias, etc., para que las instalaciones queden funcionando con todos los requisitos legales”.

Para acreditar los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica definidos en el apartado 7 de la cláusula 1ª, el PCAP exige la siguiente clasificación: *“Grupo/s: Subgrupo/s Categoría/s: Categoría/s R.D. 1098/2001:*

J 1 4 J/1/E”.

Segundo.- El 5 de abril de 2018 se interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Zardoya Otis, S.A. en el que expone que la tipología del contrato no es de obras sino se trata de un contrato de naturaleza mixta cuyas prestaciones son, por razón de su importancia:

- a) La sustitución de cuatro ascensores. Este es el objeto primordial del contrato y aunque no se puede determinar con exactitud, puede afirmarse que, en el conjunto de la prestación total, dicha sustitución de ascensores supera con creces el montante de 144.000 euros a que se refiere el artículo 15.1 de la

Ley y que, en consecuencia, el contrato está sujeto a regulación armonizada y es susceptible de recurso especial en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley de Contratos del Sector Público.

- b) La elaboración de un proyecto de obras para dicha sustitución.
- c) La ejecución de las obras precisas para la sustitución de los ascensores.

Considera además que las condiciones de solvencia son ilegales por requerir unos certificados que solo pueden aportar las empresas fabricantes de los ascensores instalados en el Hospital y que las prescripciones técnicas vulneran lo establecido en el artículo 117 del TRLCSP al exigir una determinada marca. En consecuencia, solicita la anulación del PCAP.

El 20 de abril 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 transpone 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), en el que solicita la desestimación del recurso por ser correcta la calificación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 122 del TRLCSP, así como la solvencia exigida dadas las características de la instalación existente en el Hospital. Finalmente advierte que *“no cabría el recurso especial en materia de contratación a los Pliegos rectores de este procedimiento, puesto que nos encontramos ante un contrato de obras no sujeto a regulación armonizada, por lo que la mercantil debería, si así lo estima conveniente, recurrir ante el órgano de contratación en reposición en el plazo de un mes, contado a partir del siguiente al de notificación de la resolución o impugnarlo directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procede en primer lugar determinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso. Al efecto opone el órgano de contratación la incompetencia del Tribunal por tratarse de un contrato de obras, de importe inferior a tres millones de

euros.

El recurso se interpone contra el PCAP calificado como de obras, con valor estimado de 826.446,28 euros.

Previamente la cuestión a resolver es a partir de qué momento los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa, LCSP-2017 y cuáles deben regirse por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), a la vista de la fecha de publicación del anuncio y puesta a disposición de los Pliegos en el Portal del Contratante de la Comunidad de Madrid (4 de marzo de 2018) y ello a pesar que ambas partes consideran que el régimen aplicable al contrato es el TRLCSP.

La cuestión ha sido analizada por el Tribunal en la reciente Resolución 111/2018 de 18 de abril, en la que se concluía que *“Si el contenido de los pliegos es conocido desde el momento de la publicación en el Perfil de contratante, el régimen jurídico debe quedar ya fijado y no puede modificarse porque otras publicaciones necesarias legalmente se produzcan posteriormente o porque con el TRLCSP el plazo de recurso se inicie con la publicación en el DOUE.*

Así, por expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP-2017, debemos entender aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad al día 9 de marzo de 2018 en el Perfil de contratante. Si la convocatoria es un llamamiento a los interesados para que presenten oferta en un procedimiento competitivo que precisa de la posterior selección por el órgano de contratación, es el conocimiento de las condiciones y el día de publicación lo que marca la legislación que debe aplicarse.

La apertura al mercado en el sentido de que ya a partir del conocimiento de los pliegos es posible la presentación de ofertas y la impugnación del contenido de las bases de licitación determina la fecha a tener en cuenta para fijar el régimen

transitorio, sin que, como hemos dicho, la publicidad en forma legal que suponga también la obligación de difusión en otros boletines oficiales pueda modificar un régimen jurídico de una solicitud de ofertas con repercusión frente a terceros.

Esta es una interpretación que además de aceptable como adecuada a la redacción de la DT 1ª de la LCSP-2017 da mayor seguridad a la tramitación por los órganos de contratación y a los licitadores. Sería absurdo que habiendo conocido el contenido de un pliego y preparando la oferta conforme a su contenido, una publicación posterior determinase un cambio de régimen jurídico desconocido para quien está realizando la oferta en esas condiciones.

En conclusión, es el anuncio en el Perfil de contratante el que marca los tiempos a efectos de publicidad y de cómputo de plazos para determinar el régimen jurídico del contrato y la admisibilidad de recursos, sin perjuicio de ser obligatoria además la publicidad tanto en el Boletín de la Comunidad de Madrid como en el Boletín Oficial del Estado.”

En consecuencia, a este contrato le será de aplicación la nueva LCSP, y por tanto también al recurso planteado contra sus Pliegos.

El artículo 44.1.a) de la LCSP dispone “1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.”*

En consecuencia, dada la cuantía del valor estimado del contrato el mismo no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, no siendo este Tribunal, en principio, competente para su resolución.

No obstante, es doctrina reiterada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que a la hora de comprobar su propia competencia, es decir para comprobar si el contrato está incluido dentro del ámbito del recurso especial, no están vinculados por la tipificación que les haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos. Por el contrario, debe atenderse a la naturaleza del contrato y contrastar su contenido con la legislación contractual y, especialmente con las directivas europeas de contratación pública, puesto que el sometimiento a dichas directivas implica también el sometimiento a la directiva de recursos, y en el derecho nacional al recurso especial en materia de contratación.

En una primera aproximación cabe descartar cualquier tipificación distinta a la de contrato de obras o suministros. Si del análisis del contrato resultase que debe ser tipificado como contrato de suministro el valor estimado determinante de la posibilidad de recurso especial, sería de 100.000 euros, y este requisito se cumple en el que estamos analizando.

El artículo 13 de LCSP define el contrato de obras: *“1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:*

a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

3. Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.

(...)"

Dentro del tipo de obras, el artículo 232 de la LCSP las clasifica según su objeto y naturaleza en diversos grupos. En el apartado 5 se consideran como obras de conservación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble en el tiempo por el natural uso del bien.

Por otro lado el artículo 16 LCSP define el contrato de suministros:

"1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles".

La Directiva 2014/24/UE en los apartados 6), 7) y 8) del artículo 2 establece:

"6) 'Contratos públicos de obras': los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes:

a) La ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el Anexo II;

b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra;

c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

7) 'Obra': el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

8) 'Contratos públicos de suministro': los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación."

Resulta que el contrato de obras puede incluir, además, los suministros y servicios necesarios para su ejecución. También el contrato de suministro puede incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación. Por tanto no

resulta determinante para concretar el tipo contractual, la presencia de prestaciones propias de otro tipo.

Debemos buscar por tanto los elementos diferenciadores de ambos tipos contractuales:

- El contrato de obras tiene como contenido la realización de alguna de las prestaciones del Anexo I de la LCSP que coinciden con las prestaciones del Anexo II de la Directiva 2014/24/CE. Dentro del Anexo I se recogen las actividades a que se refiere el apartado 1 del artículo 6, figurando como divisiones de NACE la 45 “*construcción*”, y dentro de ella los grupos de preparación de obras, construcción de inmuebles y obras de ingeniería civil, etc., siendo la 45.3 “*instalación de edificios y obras*” y dentro de este grupo la clase 45.31 “*instalación eléctrica*” que comprende la instalación en edificios y obras de construcción de (...) “*ascensores y escaleras mecánicas*”.

El contrato de suministro tiene que tener por objeto una entrega de algo distinto a lo que tenga la calificación de contrato de obras.

- La obra es el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una utilidad económica o técnica. Es decir requiere la redacción de un proyecto técnico de ejecución. El suministro consiste en la mera entrega de un producto o bien mueble aunque accesoriamente lleve incluida la instalación.

- La obra debe recaer sobre un bien inmueble. El suministro recae sobre bienes muebles.

- La obra puede ser objeto de contratación conjunta con la redacción del proyecto. El suministro se cumple por la mera entrega del bien y no precisa proyecto de construcción o de ingeniería.

El objeto del contrato que ahora analizamos consiste en la redacción del proyecto, su Dirección Facultativa y la realización de las obras de acondicionamiento de los ascensores 7, 21, 22 y 23 del edificio de la Residencia General y de los ascensores 7 y 8 del edificio Materno Infantil del Hospital Universitario 12 de octubre.

En el anteproyecto elaborado para la tramitación del expediente, se recoge que el objeto del mismo *“es definir el alcance de las obras necesarias para realizar la modernización, sustitución o adaptación de un conjunto de ascensores en los edificios de “Residencia General” y “Materno Infantil” del Hospital 12 de Octubre de Madrid, con el objetivo de mantener la operativa y efectiva funcionalidad de los ascensores y/o elevadores de los citados edificios”*.

Las actuaciones comprenden las obras necesarias para realizar la modernización, sustitución y adaptación de 6 aparatos elevadores. Tal como se comprueba en el anteproyecto, se trata de unas actuaciones de conservación del Hospital que contienen la modernización de los ascensores, la instalación de aparatos elevadores, incluido en uno de los epígrafes que el Anexo I de la LCSP califica como obras, que precisa de la redacción de un proyecto de ingeniería, que recaen en bienes que se integran de forma permanente en el inmueble de forma inseparable, constituyendo una unidad técnica, que encaja dentro de la definición de contrato de obras.

Por otro lado, la clasificación requerida a los contratistas en el Pliego es también de obras.

Por todo ello, estando correctamente clasificado el contrato, el Tribunal es incompetente para la resolución del recurso por razón de la cuantía.

Segundo.- No obstante, el artículo 44.6 de la LCSP establece que *“6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de*

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.”

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de conformidad con el cual *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, al órgano de contratación le corresponde determinar si procede admitir su tramitación como recurso de reposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 LCSP y el artículo 3.5 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.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por don N.F.F., en nombre y representación de Zardoya Otis, S.A., formulando recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Obras de acondicionamiento de los ascensores 7, 21, 22 y 23 del edificio Residencia General y los ascensores 7 y 8 del edificio materno infantil del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: PA 2017-0-151, por incompetencia del Tribunal.

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 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 59.1 de la LCSP.