

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

En Madrid, a 26 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.G.G., en nombre y representación de CLECE, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato de "Servicios de limpieza de oficinas, centros de trabajo y otras dependencias de Hispanagua, Sociedad Anónima Unipersonal", nº exp. 015/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 4 de abril de 2013, se publica en el BOCM la convocatoria pública para la adjudicación por procedimiento abierto no armonizado, para la adjudicación del contrato de "*Servicios de limpieza de oficinas, centros de trabajo y otras dependencias de Hispanagua, Sociedad Anónima Unipersonal*" a adjudicar a la proposición económica con precio más bajo y con valor estimado de 383.333,46 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 10. c) del anuncio de licitación “la propuesta económica se formulará con arreglo a los modelos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

Cabe destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) al regular la documentación a incluir en cada uno de los sobres señala respecto del sobre Nº 3 "proposición económica”:

“C) sobre nº 3. Proposición económica.

La proposición económica se presentará redactada conforme al modelo fijado en el anexo II al presente pliego ...”

En el modelo de proposición económica que se incorpora en el citado Anexo II del PCAP, a continuación de la expresión del importe total del contrato, se contiene la siguiente observación “Dicho importe ha de coincidir con el presado en el Anexo II A (oferta para DOS AÑOS)”.

El mencionado Anexo II A se denomina “*precios unitarios a ofertar para calcular oferta de un año*”.

Segundo.- El día 10 de mayo se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las ofertas, acordando excluir la de la recurrente porque en su proposición económica ha expresado una cantidad distinta para el primer año que no corresponde con la total que resulta de la suma de los precios unitarios ofertados para calcular el primer año de contrato. La Mesa de contratación tras analizar los errores ha acordado no tener en consideración la oferta de CLECE, S.A. (CLECE) en cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP en virtud de la cual se establece que solo son admisibles errores no superiores a un 0,5% en las proposiciones económicas.

Tercero.- Contra el indicado Acuerdo la empresa CLECE interpone recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales el día 13 de junio de 2013, que envió el mismo a este Tribunal el día 14. El mismo día fue comunicado al órgano de contratación de Hispanagua, Sociedad Anónima Unipersonal (Hispanagua), que remitió el expediente de contratación, junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, a este Tribunal el día 18 de junio.

La recurrente aduce que su oferta económica aparece consignada por el importe total de 199.392 euros (importe para dos años) en el modelo de proposición económica que se adjunta al PCAP. No obstante el Anexo II A “*precios unitarios a ofertar para calcular la oferta de un año*”, se habla de la oferta de un año, por ese motivo se contiene como importe total el mismo antes reseñado (199.392 euros) si bien el desglose de precios unitarios para un año difiere sensiblemente, pues ante la indeterminación de la literalidad del pliego (no se concreta si se refiere al primer año de ejecución del contrato o al segundo) CLECE incluyó en el cuadro de precios unitarios la media para un año de los dos que componen el periodo de ejecución del contrato.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, considera que el acto recurrido no es susceptible de recurso especial en materia de contratación al haberse adoptado en un procedimiento de licitación no sujeto a regulación armonizada, por lo que al no estar incluido en las categorías de contratos recogidos en el apartado 1 del artículo 40 del TRLCSP no cabe interponer contra el mismo el recurso especial regulado en dicha Ley. En cuanto al fondo del asunto considera conforme a Derecho el acuerdo de la Mesa de contratación de no tomar en consideración la oferta de la recurrente.

Cuarto.- Con fecha 19 de junio el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto.- Con fecha 18 de junio se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación, sin que se haya presentado escrito de alegaciones por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- CLECE, S.A., califica su escrito como “Recurso especial en materia de contratación”. En primer lugar es preciso examinar la cuestión planteada por el órgano de contratación en relación a la competencia de este Tribunal para conocer del recurso.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) se entenderán como entidades contratantes con carácter enunciativo y no limitativo las que se relacionan en la disposición adicional segunda de dicha Ley. Entre ellas no aparece Hispanagua.

Según informa el órgano de contratación la sociedad Hispanagua es una sociedad pública del grupo Canal de Isabel II Gestión, S.A. Su objeto social principal, según sus Estatutos, es la prestación de servicios relacionados con la actividad del agua (captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, evacuación y depuración de aguas).

Dado que Hispanagua tiene la consideración de entidad contratante a efectos del artículo 3 de la LCSE y que el objeto del contrato debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley de acuerdo con el artículo 7 de la misma, ésta resulta, en principio, aplicable al procedimiento de contratación.

No obstante según el artículo 16 LCSE:

*“La presente Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites:
a) 400.000 euros en los contratos de suministro y servicios”.*

Es decir, la exclusión de estos contratos del campo de aplicación de la LCSE se produce no porque se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la misma sino por ser su importe inferior al indicado en el artículo 16.

Por tanto, resultando que el contrato examinado no alcanza el umbral de 400.000 euros establecido en el citado artículo 16 para la aplicación de la LCSE a los contratos de servicios, resulta de aplicación la disposición adicional cuarta de la LCSE establece que *“Los organismos de derecho público a que hace referencia el artículo 3, apartado 2, letra a), las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local y las sociedades mercantiles de carácter público sometidas a esta Ley aplicarán, respecto de los contratos de obras, suministro y servicios que se refieran a las actividades indicadas en los artículos 7 a 12 cuyo importe sea inferior al establecido en el artículo 16, así como en aquellos otros excluidos de la presente Ley en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público”.*

Por otra parte el apartado 2 de la disposición adicional octava del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) establece:

“2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los

contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se registrarán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.

La justificación de la disposición viene dada por el régimen especial aplicable a los contratos regulados en la LCSE frente a los regulados en el TRLCSP explicado en la exposición de motivos de ésta:

“Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas . Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (...).”.

Si los contratos que se celebren para la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE cuya cuantía sea igual o superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la misma quedan sujetos al régimen de la misma, es decir, a un régimen más flexible o menos rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE, cuya transposición se ha realizado al TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, lo coherente y lógico es entender que los contratos que se celebren para la realización de esas mismas actividades pero que no alcancen los límites cuantitativos del artículo 16, que parecen de menor entidad o trascendencia, queden sometidos no al régimen rígido que establece el TRLCSP, sino al régimen más flexible que establece el TRLCSP para los no sujetos a regulación armonizada que es lo que hace la disposición adicional octava

anteriormente citada. Sería un contrasentido que los contratos de cuantía inferior que se celebren en los sectores regulados en la LCSE se sometiesen a un régimen rígido y riguroso (regulación armonizada) cuando los contratos que se celebren en los mismos sectores de cuantía superior quedan sometidos al régimen más flexible que establece la LCSE.

No siendo de aplicación la LCSE a este caso dado que el valor estimado (383.333,46 euros) no supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma y resultando de aplicación el TRLCSP, excepto las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, queda por determinar si resulta aplicable el artículo 40 y siguientes relativos al recurso especial en materia de contratación.

El artículo 40.1 del TRLCSP dispone que:

“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y

(...)”.

A la vista de este artículo cabe concluir que el recurso especial es aplicable tanto a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada como a los que no, pero están comprendidos en las categorías 17 a 27 cuyo valor estimado sea igual o superior a la cuantía de 200.000 euros. De lo anterior podría concluirse que a los contratos de servicios de los sujetos incluidos en la LCSE cuya actividad esté incluida en dicha Ley y resulten excluidos de la aplicación de la misma por razón de

la cuantía, les resulta de aplicación el TRLCSP, excepto las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no les resulta aplicable el apartado a) del artículo 40.1 y que la excepción incluye la aplicación del apartado b) relativo a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II, es decir, no sujetos a regulación armonizada, cuando su valor estimado supere el importe de 200.000 euros.

Este Tribunal considera que si los contratos excluidos de la LCSE por razón de la cuantía se rigen por lo previsto en el TRLCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, lo coherente con ello es entender que, respecto de dichos contratos no cabe el recurso especial regulado en el artículo 40 y siguientes del TRLCSP, ya que si no son de aplicación las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, tampoco será aplicable la norma del TRLCSP que equipara determinados contratos (los de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía superior a 200.000 euros) a los contratos armonizados a efectos del recurso especial. A esta conclusión se llega en la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía General del Estado.

En el mismo sentido cabe argumentar que el artículo 15.2 de la LCSE establece una diferente intensidad en la aplicación de la misma según los contratos de servicios estén integrados en su anexo II A (equivalente a las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP) o anexo II B (equivalente a las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP).

La LCSE establece que la adjudicación de los contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo II B (equivalente a los no sujetos a regulación armonizada) estará sometida únicamente a lo dispuesto en los artículos 34 y 67, lo que excluye la posibilidad de interposición de la reclamación prevista en los artículos 101 y siguientes, por lo que tampoco deben ser objeto de recurso especial cuando no alcancen el importe del umbral establecido en el artículo 16 y se deban tramitar conforme al TRLCSP como contratos no sujetos a regulación armonizada. Si el

contrato que supera el umbral de 400.000 euros no es susceptible de la reclamación prevista en el artículo 101 ante el órgano señalado en el artículo 40 del TRLCSP, tampoco es razonable admitirlo respecto de los de cuantía inferior.

Un segundo argumento a favor de la improcedencia del recurso especial en el asunto que nos ocupa es que se trata de un servicio de limpieza, encuadrable en la categoría 14 del Anexo II del TRLCSP y por tanto sujeto a regulación armonizada, en cuyo caso, en virtud del artículo 40.1.a) del TRLCSP sería susceptible de recurso especial. No obstante, la disposición adicional octava del mismo texto declara no aplicables las normas relativas a la regulación armonizada a los contratos cuya actividad esté incluida en la LCSE pero no alcancen el umbral de 400.000 euros establecida en su artículo 16, por lo que tampoco sería aplicable la posibilidad de recurso recogida en el apartado a) del artículo 40.1 del TRLCSP.

Finalmente, cabe recordar que el contrato objeto del presente recurso tiene el carácter de contrato privado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del TRLCSP, sujeto en cuanto a su preparación y adjudicación a dicha norma y sus disposiciones de desarrollo. De acuerdo con su artículo 21.2, el orden jurisdiccional civil será el competente para conocer cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. Como consecuencia, los contratos privados no sujetos a regulación armonizada celebrados por entes que no tengan el carácter de Administración Pública son susceptibles de recurso en dicha jurisdicción y dado que contra las resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación solo es posible interponer recurso contencioso-administrativo sería contradictorio que resuelva con carácter previo uno de éstos órganos sobre cuya resolución, en caso de ser recurrida conocería la jurisdicción contenciosa y no la civil.

En consecuencia cabe concluir que este Tribunal no ostenta competencia para la resolución del mismo y procede su inadmisión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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.- Inadmitir el recurso interpuesto por Don M.G.G., en nombre y representación de CLECE, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del contrato "Servicios de limpieza de oficinas, centros de trabajo y otras dependencias de Hispanagua, Sociedad Anónima Unipersonal" nº exp. 015/2012.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el día 19 de junio de 2013.

Tercero.- 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.

Cuarto - 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.