

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

En Madrid, a 21 de mayo de 2015.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por don E.H.D. en nombre y representación de Hinobepa S.L., contra la Resolución de fecha 17 de abril de 2015, del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón por la que se adjudica el contrato “Gestión, explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 332.11/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 3 de marzo de 2015 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato calificado como administrativo especial “Gestión, explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, a adjudicar mediante procedimiento abierto con un valor estimado de 12.000.000 de euros y una duración de 5 años, prorrogables por otros 5.

El objeto del contrato, según el punto 1, del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), es la “*Concesión administrativa de gestión explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del Hospital General Universitario Gregorio Marañón situado en la Calle O’Donnell, 50*”, siendo el precio del contrato según el punto 3 del mismo Anexo, el pago de un canon anual que derive de la oferta económica realizada por la adjudicataria.

Consta en el PCAP que la adjudicataria del contrato deberá realizar una serie de inversiones iniciales con carácter previo a la entrada en funcionamiento del aparcamiento que garanticen el perfecto uso de una serie de elementos, como barreras y detectores en vías de entrada, pago automático barreras y detectores en vías de salida, carácter reversible de las vías de acceso, columna de control de acceso, cajero automático, caseta y unidad de control y cobro manual, software del sistema de control de accesos, señalización, completar el sistema de CCTV, sistema de extracción de humos y ventilación, sistema de interfonía digital, cableados y conexiones, sistema de lectura de matrículas, sistema de guiado de plazas y cualquier otro que se considere necesario.

En el apartado relativo a la solvencia de las licitadoras, el PCAP exige como medio de acreditar la solvencia técnica, de acuerdo con el artículo 78 c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), certificación en las normas UNE-EN-ISO-9001 y UNE-EN-ISO-14001.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 17 de marzo de 2015, se constituye la Mesa de contratación del Hospital General Universitario para proceder al acto de apertura de documentación administrativa. Una vez examinada la indicada documentación se requiere a las

empresas Hinobepa, S.L.-Porteros Express, S.L. licitadoras en compromiso de UTE, para que aporten certificados originales o copias compulsadas de los certificados UNE-EN-ISO-9001 y UNE-EN-ISO-14001 y certificado de ejecución de servicios prestados a la empresa AENA.

En cumplimiento de dicho requerimiento se aportan el 20 de marzo de 2015, las certificaciones UNE-EN-ISO-9001 y UNE-EN-ISO-14001, expedidas a nombre de la empresa Porteros Express, S.L., ambas para las actividades de “Servicios de Conserjería, Limpieza y Jardinería”, informando que únicamente esta empresa de la UTE disponía de los certificados requeridos, aduciendo que según el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, en las UTEs se acumulará a efectos de la determinación de la solvencia, las características acreditadas para todos los miembros de la misma, y que en todo caso los pliegos no especificaban que cada miembro de la UTE debiera acreditar dicho requisito.

El 24 de marzo siguiente la Mesa de contratación acuerda excluir a las licitadoras en compromiso de UTE Hinobepa, S.L.-Porteros Express, S.L., al no aportar la primera, la certificación en la Norma UNE-EN-ISO-9001 y Norma UNE-EN-ISO-14001, de conformidad con lo solicitado en los requisitos de solvencia técnica contenidos en la página 4 del PCAP, punto 5, apartado “Para todos los licitadores” según figura en el apartado e) de criterios de selección, lo que se notifica el día 25 de marzo, por Fax. En dicha notificación se indica la posibilidad de formular por escrito las observaciones o reservas que estimaran convenientes ante la Mesa de contratación en el plazo de 2 días hábiles, de conformidad con el artículo 20.7 del Reglamento General de Contratación de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 43/2003, de 3 de abril.

Consta que el 27 de marzo siguiente las licitadoras presentan un escrito ante la Mesa de contratación en el que vuelven a plantear la improcedencia del cumplimiento del requisito de solvencia por ambas empresas concurrentes en

compromiso de UTE, siendo desestimada la reclamación en la sesión de la Mesa de contratación del día 6 de abril de 2015, lo que se notifica a la recurrente el mismo día.

El día 6 de abril de 2015, en acto público convocado al efecto, se procede al acto de apertura de las proposiciones, en el que con carácter previo, se informa a los asistentes de los acuerdos de la Mesa de Contratación por los que se excluye del procedimiento a las empresas CP Plus Aparcamiento España, S.L.; UTE Hinobepa, S.L.-Porteros Express, S.L., y AUSSA, Aparcamientos Urbanos de Sevilla, S.A., y los motivos de exclusión del procedimiento de licitación de cada una de ellas, solicitando los representantes de las empresas Hinobepa, S.L.-Porteros Express, S.L., y AUSSA, Aparcamientos Urbanos de Sevilla, S.A., que conste en acta que no están conformes con el acuerdo de exclusión, circunstancia que se refleja en el acta expedida al efecto.

Por último, el 17 de abril de 2015, se dicta Resolución de adjudicación del contrato a favor de la empresa Empark Aparcamientos y Servicios, S.A. requiriendo a la adjudicataria para que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 156.3 del TRLCSP, proceda a la formalización del contrato en el plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la indicada resolución, lo que se notifica a las licitadoras el 21 de abril. El contrato se formalizó el día 30 de abril de 2015.

**Tercero.-** Con fecha 30 de abril de 2015, se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, siendo comunicado el recurso al órgano de contratación y requerido el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46 del TRCSP el mismo día, requerimiento que fue atendido el 5 de mayo de 2015.

Considera la recurrente, en primer lugar, que el contrato objeto del recurso

debe ser calificado como un contrato administrativo de servicios, siendo así que el contrato aparece calificado en el anuncio de convocatoria como administrativo especial, lo que residenciaría la competencia para el conocimiento del mismo ante este Tribunal y que el mismo ha sido interpuesto en plazo. Aduce asimismo que la exclusión de la UTE es contraria a derecho al no ser exigible para acreditar su solvencia técnica los certificados de calidad de todos los miembros integrantes de la misma. Subsidiariamente entiende que en este caso concurre una excepción consistente en la innecesidad de aportar las certificaciones por aquel o aquellos miembros de las uniones temporales de empresarios que no vayan a realizar actividades relacionadas con las certificaciones.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, aduce la improcedencia del recurso administrativo especial en materia de contratación, ya que los contratos administrativos especiales no son objeto de recurso al no estar enumerados en el artículo 40 del TRLCSP considerando que la pretensión, objeto fundamental y fondo del recurso planteado por la UTE recurrente, implica la impugnación del contenido del pliego administrativo de cláusulas una vez transcurridos los plazos para ello (el plazo para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el contenido de los pliegos finalizó el día 21 de marzo de 2015), lo que constituye un fraude de ley. Asimismo considera la interposición del recurso extemporánea en todo caso, puesto que la recurrente debería haber interpuesto el recurso especial en materia de contratación tras serle notificada formalmente su exclusión del procedimiento, el 24 de marzo de 2015, a tenor de lo previsto en el artículo 44.2.b), en cuyo caso el plazo para su interposición (15 días hábiles) habría finalizado el día 13 de abril.

En cuanto al fondo del asunto someramente indica que el certificado expedido para una empresa no puede servir para acreditar el cumplimiento de tales normas por otras que no los posean o los posean para actividad diferente, ya que dichos certificados aluden a características intrínsecas de cada empresa que afectan

básicamente a las peculiaridades de su funcionamiento y, por tanto, no pueden ser transferidos de unas a otras y que la petición subsidiaria de dicha distribución de funciones, no consta expresamente en la documentación presentada por la UTE a la licitación, y por tanto no pudieron ser tenidas en consideración por la Mesa de contratación, ni fueron puestas de manifiesto en su escrito de alegaciones.

**Cuarto.-** Se ha concedido trámite de audiencia a los interesados en virtud de lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP, habiendo comparecido la empresa SABA APARCAMIENTOS, S.A., con fecha 18 de mayo de 2015 para tomar vista del expediente, sin que se haya presentado por su parte escrito de alegaciones.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación en relación con el presente contrato, ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre, tiene la calificación de contrato administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la

Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo. Así lo advierte en la recomendación 1/2011, de 6 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las Directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Sentado lo anterior, debemos entrar en el análisis de si las características que configuran la prestación del contrato objeto del presente recurso, permiten mantener la calificación atribuida por el pliego como contrato administrativo especial o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la Ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene asimismo tener en cuenta que la entrada en vigor de la LCSP ha alterado el ámbito de utilización de este tipo de contratos que se ha visto “*enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en que una ley así lo establezca*”, como señala el Informe 9/2009, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

De acuerdo con el artículo 19.b TRLCSP “*Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.*”

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto

de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios).

En el caso que nos ocupa, la recurrente considera que la prestación objeto del contrato, podría ser configurada a través de un contrato de servicios, definido en el artículo 10 del TRLCSP como “(...) *aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II*”.

El elemento caracterizador de la definición, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y por el contrario donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial.

En este caso, de acuerdo con la definición de la prestación objeto del contrato, a la misma le ha sido atribuido el código CPV 983510000-8, referente a los servicios de gestión de aparcamientos que, si bien no aparece entre las nomenclaturas del Catálogo Común de Contratos Públicos en el Anexo II, podría incluirse en la categoría 27 “Otros Servicios”, del anexo.

Ahora bien cabe plantearse, dada la propia definición del objeto del contrato

en el PCAP como *“Concesión administrativa de gestión explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del Hospital General Universitario Gregorio Marañón situado en la Calle O’Donnell, 50”*, si cabría su consideración como una concesión de servicios.

Como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones (Vid Resolución 32/2014) el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en transposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y a efectos interpretativos de la nueva Directiva 23/2014, de 26 de febrero reguladora del contrato de concesión. Así se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, (Rec-6657, apartado 31)”*.

Sin ánimo exhaustivo, y desde esta perspectiva el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE define la concesión de servicios como: *“Un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”*. La S TJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03 en su apartado 39 concreta que: *“existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate”*.

El concepto de asunción del riesgo se analiza en la Sentencia del TJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst, cuando señala que (...) *“26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos*

*determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).*

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) que afirma que: *“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Aparcamiento Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio”.* (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

Debe tenerse en cuenta, también el contenido de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 15 de enero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional de carácter económico, (Considerandos 18 a 20) señalando que hay transferencia del mismo al concesionario *“cuando supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes”* y que recoge el artículo 5 donde además dispone que *“La parte de riesgo transferido al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.* Igualmente a efectos interpretativos debe considerarse la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad

Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas, de 11 de febrero de 2004, incorporada al SEC 95, actualizado en 2010, que a efectos del procedimiento de déficit excesivo en las Asociaciones público privadas, distingue tres tipos de riesgo. En junio de 2012, la Comisión (Eurostat) creó un grupo de trabajo sobre las consecuencias de la Directiva 2011/85/UE, para la recopilación y difusión de datos presupuestarios y el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas, en su considerando 20 sobre la labor del grupo de trabajo constituido, dice que *“contribuiría al correcto análisis de las relaciones económicas subyacentes a los contratos de AAPP, como los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda según proceda (...)”*.

En este caso considera este Tribunal que el contrato no reúne los requisitos para ser considerado como un contrato administrativo especial, en la definición negativa del TRLCSP. Tampoco reúne los requisitos para ser calificado como un contrato de servicios pues si bien su objeto consiste en una prestación de hacer o desarrollo de una actividad, la forma de pago, consiste en el derecho a explotar el servicio a cambio de un canon, asumiendo el contratista el riesgo de explotación, pudiendo en consecuencia, ser calificado, tal y como además se enuncia en el propio PCAP, como un contrato de gestión de servicios públicos, al apreciarse la concurrencia del riesgo operacional.

En el caso de los contratos de gestión de servicios los umbrales establecidos en el TRLCSP para la procedencia del recurso especial en materia de contratación son que el contrato tenga una duración superior a 5 años y que tenga gastos de establecimiento superiores a 500.000 euros.

El contrato, en este caso, tiene un plazo de duración superior a 5 años al admitir prórroga por otros 5 además de su duración inicial y aunque lógicamente no

se contemplan específicamente gastos de primer establecimiento al no haber sido calificado el contrato como gestión de servicios públicos, sí se contemplan en el PCAP como obligaciones del adjudicatario, la realización de una serie de inversiones previas y necesarias a la explotación del aparcamiento, (barreras y detectores en vías de entrada, pago automático barreras y detectores en vías de salida, carácter reversible de las vías de acceso, columna de control de acceso, cajero automático, caseta y unidad de control y cobro manual, software del sistema de control de accesos, señalización, completar el sistema de CCTV, sistema de extracción de humos y ventilación, sistema de interponía digital, cableados y conexiones, sistema de lectura de matrículas, sistema de guiado de plazas) cuyo valor *prima facie* excede de los 500.000 euros establecidos como umbral para la procedencia del recurso especial en materia de contratación.

Sentado que el contrato calificado como gestión de servicios públicos es susceptible de recurso especial, el acto recurrido también lo es en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

**Segundo.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.

**Tercero.-** Debe también examinarse si el recurso se ha interpuesto en plazo ante la alegación de extemporaneidad hecha valer por el órgano de contratación, que aduce que el *dies a quo* de dicho plazo debería ser, no el de la notificación del acto de adjudicación, sino de la exclusión de la recurrente licitadora en compromiso de UTE con Porteros Express S.L, que le fue notificada el 24 de marzo de 2015, por lo que el recurso interpuesto el día 30 de mayo sería extemporáneo.

El acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a un licitador es susceptible del recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma.

El TRLCSP, en su artículo 151.4, sí impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince hábiles días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Este Tribunal viene considerando, entre otras en la Resolución 61/2013, de 24

de abril, que si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas. En el mismo sentido, la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado señala en cuanto a esta posibilidad: *“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato (...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”*.

De manera que en el caso de que se notifique formalmente y con todos los requisitos para ello el acto susceptible de impugnación el plazo para la interposición del recurso debe comenzar a computar desde que dicha notificación se produjo. Ahora bien para que la notificación despliegue la eficacia necesaria para permitir la interposición fundada de recurso, debe contener además del contenido del acto y su motivación, la indicación adecuada de los recursos que caben contra la misma.

Así como ya señalábamos en nuestras Resoluciones 209/2013 o 116/2013, la notificación es el acto administrativo mediante el cual se pone o intenta poner en conocimiento de los interesados la producción de un acto administrativo respecto del cual tiene carácter accesorio o instrumental. La notificación tiene un carácter finalista que persigue que el destinatario de un acto lo conozca de forma adecuada que le permita reaccionar, en su caso, contra él, tanto por lo que se refiere a los motivos que han llevado a su adopción como a los instrumentos procedentes para su impugnación.

Cuando el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que el plazo de interposición del recurso comienza a computarse desde que se remitió la notificación *“de conformidad*

con lo dispuesto en el artículo 151.4º debe entenderse como que el día inicial del plazo se computa desde que se remite la notificación que debía contener la información necesaria que permita la licitador excluido interponer, conforme al artículo 40 recurso suficientemente fundado. Este precepto debe ser interpretado integrándolo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), lo que determina la necesidad de incluir en las mismas, en los términos de su artículo 58.2, la expresión de los recursos que procedan.

En este caso, la notificación, si bien contiene explicación suficiente de los motivos de la exclusión, no contiene referencia alguna a los recursos que podrían caber contra la misma (reposición con la calificación jurídica del contrato), sino que únicamente contempla la posibilidad de exponer observaciones o reservas ante la Mesa de contratación en el plazo de 2 días hábiles, de conformidad con el artículo 20.7 del Reglamento General de Contratación de la Comunidad de Madrid, aprobado mediante el Decreto 49/2003, de 3 de abril.

Por lo tanto, no reuniendo la notificación los requisitos precisos para su eficacia a los efectos de la interposición del recurso, cabe trasladar la posibilidad de recurso al acto de adjudicación, en cuya notificación además de indicarse los motivos de la exclusión de las recurrentes, se indica que contra la adjudicación cabe recurso de reposición, lo que se produjo el 21 de abril, por lo que el recurso interpuesto el día 30 se encuentra en plazo.

**Cuarto.-** En cuanto a la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso el artículo 42 del LTRLCSP señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En este caso siendo dos las licitadoras concurrentes en compromiso de UTE, solo una de ellas, -Hinobepa,- interpone recurso especial. No es obstáculo para admitir la legitimación activa de la recurrente el hecho de que presente la reclamación por sí sola, aún en el caso de que hubiera concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una UTE. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que, siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer el recurso.

Además las Uniones Temporales de Empresas carecen de personalidad jurídica, de manera que actúan como una suerte de comunidad de intereses de cara a la licitación pública, por lo que, en principio, cualquiera de sus integrantes podría accionar de forma individual para la defensa de los mismos. En tal caso de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 2008, RJ 2008\5040, cabría ejercitar cualquier tipo de acciones en beneficio de la comunidad y sin oposición de sus miembros, cuando señala al respecto *“abordando así tan sólo la estricta cuestión sobre la que se pronunció aquella Sala, nuestra jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil (LEG 1889, 27), en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes, como la recaída en asuntos que guardan similitud con el ahora enjuiciado, de la que son muestra, entre otras, las recientes sentencias de fechas 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453) (recurso de casación número 161 de 2002), 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471) (recurso de casación 410 de 2004) y 13 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2570) (recurso de casación 7406 de 2004), conduce a reconocer la legitimación activa que se niega en la sentencia recurrida y, por tanto, a estimar el primero de los motivos de casación que se formulan contra ella. La rotundidad y claridad de la jurisprudencia que acabamos de citar excusa de mayores argumentos; y más aún si la unimos a una doctrina constitucional igual de reiterada y conocida que reclama*

*una interpretación de las normas procesales que regulan las causas de inadmisibilidad que, en lo posible, sea proclive a la mayor efectividad del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial y que huya, así o por ello, de toda apreciación de las mismas que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que esas causas preservan y los intereses que sacrifican”.*

**Quinto.-** El fondo del asunto se refiere a la suficiencia de la aportación por parte de uno solo de los licitadores que concurren en compromiso de UTE de los certificados de calidad exigidos en el PCAP para acreditar la solvencia.

Como más arriba adelantábamos considera la recurrente que la cláusula 11.A del PCAP, el artículo 63 del TRLCSP, y 24 del RD 1098/2001, prevén expresamente la posibilidad de acumular la solvencia técnica entre los miembros de una UTE sin establecerse ningún tipo de limitación y que siendo uno de los principios inspiradores de la contratación pública el de la libre concurrencia, la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, seguida por los órganos encargados de la resolución del recurso especial “es excesivamente rígida y formalista y no responde a la finalidad de la norma”. Alega subsidiariamente que en su caso se produce la excepción contemplada por la propia Junta Consultiva, ya que Hinobepa no llevaría a cabo actuaciones relacionadas con las actividades a que se refieren los certificados medioambientales y de calidad siendo competencia exclusiva de Porteros Express el ejercicio de dichas actividades.

Por su parte el órgano de contratación después de defender su actuación aplicando la doctrina controvertida señala respecto del reparto de funciones en la explotación del aparcamiento que dicha distribución de funciones, no consta expresamente en la documentación presentada por la UTE a la licitación, y por tanto no pudieron ser tenidas en consideración por la Mesa de contratación, ni fueron

puestas de manifiesto en su escrito de alegaciones, poniendo de relieve además una serie de circunstancias que justifican su decisión. En concreto:

- Que la participación en la UTE cuyo compromiso adquieren ambas empresas en caso de resultar adjudicatarias del contrato, sería de un 70% para HINOBEPA y de un 30% para PORTEROS EXPRESS, S.L., fijando el domicilio de la UTE en el domicilio social de HINOBEPA.

- El objeto social de la empresa Porteross Express S.L. lo constituye “otros servicios personales”, entre los que constan conserjería, jardinería y piscinas, sin que conste la explotación de aparcamientos.

- Los certificados de experiencia en gestión de uso masivo de abonados, exigidos para acreditar la solvencia requerida en el PCAP (folio 27 del expediente administrativo) son presentados única y exclusivamente por la empresa Hinobepa S.L.

- En la declaración de los principales servicios o trabajos realizados durante los tres últimos ejercicios, presentados por Hinobepa, declara su actividad en la Gestión, Explotación y Mantenimiento de nueve aparcamientos (folio 135 de la documentación administrativa), de lo que no se puede deducir, que a diferencia de los anteriores, en el actual contrato, su actividad quedara reducida a la gestión económica y logística del aparcamiento, mientras que la empresa Porteross Express S.L., no presenta al procedimiento de licitación ningún certificado en gestión directa y mantenimiento de aparcamientos.

- En la oferta de la UTE, consta expresamente “Adicionalmente, ambas compañías disponen de certificación ISO 9001, que garantiza un servicio con las más altos estándares de calidad”, sin se haya aportado la referida certificación respecto a la empresa HINOBEPA S.L.

Un posible criterio de selección de candidatos es su certificación en un sistema de gestión medioambiental: EMAS (sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental) o EN/ISO 14001 (normas europeas e internacionales sobre sistemas de gestión medioambiental) o de calidad EN/ISO 9001.

Este criterio permite acreditar que la empresa certificada se adecúa a la legislación ambiental y al respeto al medio ambiente y determinados parámetros de calidad. Su función es evaluar la adecuación de la actividad de la empresa a la legislación medioambiental y al respeto al medio ambiente. Por lo tanto tales certificados, en principio se refieren a cualidades intrínsecas de cada empresa y difícilmente pueden acreditar que otra empresa cumple los estándares de calidad que se certifican, en relación con el objeto del contrato.

En todo caso debemos partir de que no se discute la exigibilidad de los certificados ni tampoco se niega su falta.

Los artículos 80 y 81 del TRLCSP, establecen la posibilidad, -que este Tribunal ya ha declarado admisible para contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada (Vid. Resolución 139/2013)-, de exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de calidad y gestión medioambiental remitiéndose al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación. Se recoge así en estos preceptos la regulación contenida en el artículo 48.1.f) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que establece que las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, entre los que enumera “f) para

*los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato”;* y del artículo 49 por lo que se refiere al cumplimiento de normas de garantía de calidad por parte del operador económico.

Especificándose en el artículo 50 de la citada Directiva en cuanto a las normas de gestión medioambiental que los órganos de contratación deberán remitirse al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambientales basadas en las norma europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por ello, figurando en el PCAP la exigencia de acreditar que los licitadores disponen de sistemas de gestión medioambiental y de calidad, ambos requisitos han de ser acreditados por los licitadores.

En relación a las UTE´s, tanto el artículo 54 del TRLCSP como el 24 del RGLCAP exigen que cada uno de los que la componen deben tener capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, la clasificación,

admitiendo a efectos de la determinación de la solvencia la posibilidad de acumulación de las características acreditadas para cada uno de los integrantes. La unión temporal de empresas tiene el fin de licitar con mayores garantías de éxito a la adjudicación de contratos al unir su experiencia profesional y potencial económico en la prestación de un servicio para lo que únicamente han de designar un representante común a efectos de sus relaciones con la Administración pero cada una conserva su individualidad como persona jurídica y su responsabilidad frente a la Administración. Por ello los requisitos de solvencia han de ser exigidos a cada una de las empresas que se integran en la unión temporal, sin perjuicio de su posible acumulación.

A efectos de acreditar la solvencia de las uniones temporales el artículo 24.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) establece que *“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*.

Asimismo el apartado 4 del artículo 48 de la citada Directiva 200/18/CE establece que en las condiciones del apartado 3, relativas a la acreditación de la solvencia basada en capacidades de otras entidades, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.

Al efecto señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, en el informe 29/10, del que debe extraerse la referencia a la actual numeración del articulado del TRLCSP, que *“Al respecto es preciso indicar que la exigencia de*

*acreditación del cumplimiento de las normas indicadas se encuentra incluido dentro de la subsección de la Ley de Contratos del Sector Público dedicada a la acreditación de la solvencia técnica y profesional por lo que, en principio, se podría entender que a tales exigencias les es de aplicación lo previsto en el artículo 63 del TRLCSP, relativo a la integración de la solvencia con medios externos, de conformidad con el cual “Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.*

*Sin embargo, para asumir tal criterio es necesario que previamente se determine si el precepto indicado es compatible con las exigencias a que se refieren los artículos 69 y 70 de la Ley en relación con la acreditación del cumplimiento de determinadas normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental. A este respecto, entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que hay una diferencia esencial entre las exigencias relacionadas con la solvencia, contenidas en los artículos 64 a 68, y los requisitos a que se refieren los artículos 69 y 70 de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, mientras los primeros se refieren básicamente a los medios de carácter financiero, a la experiencia y a los medios personales y materiales de que dispone cada empresa, los otros dos artículos hacen referencia a la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental de cada una de las empresas del grupo o de la unión temporal de empresas.*

*4. De lo expuesto se deduce claramente que los primeros pueden, mediante su integración, incrementar la solvencia de las empresas, de tal forma que la resultante sea la suma de los medios con que cuenta cada una de ellas o de los pertenecientes a otras empresas si se acredita la disponibilidad por el tiempo necesario. Por el contrario, los certificados a que aluden los artículos 69 y 70 se refieren a*

*características intrínsecas de cada empresa que afectan básicamente a las peculiaridades de su funcionamiento y, por tanto, no pueden ser transferidos de unas a otras.*

*Ello quiere decir que los certificados expedidos para una empresa determinada acreditan el cumplimiento por ella de las normas citadas con respecto a los niveles de calidad y de gestión medioambiental, pero no de las restantes empresas del grupo. De igual modo el certificado expedido para una empresa no puede servir para acreditar el cumplimiento de tales normas por otras que no los posean o los posean para actividad diferente.*

*5. Queda finalmente por indicar que lo dicho anteriormente no es de aplicación cuando la actividad a realizar como consecuencia del contrato por alguna de las empresas que forman parte de la unión temporal no tenga relación con aquélla para la cual se hubieran exigido los certificados”.*

En el mismo sentido se pronuncia la citada Junta Consultiva en el informe 46/99, de 21 de diciembre, “exigibilidad a todas las empresas componentes de una unión temporal de empresas de los mismos requisitos relativos a la solvencia técnica”, que concluye que “*el requisito de solvencia técnica en los concursos para contratos de suministro, consistente en la calidad de los productos debe figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y exigirse a todos y cada uno de los empresarios integrantes de una unión temporal*”.

No existe ningún precepto que autorice a las uniones temporales de empresarios a prescindir, respecto de cualquiera de las que integran la unión, de los requisitos de personalidad, capacidad de obrar, solvencia económica y financiera y solvencia técnica. Por otro lado, el artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 67.5 del vigente TRLCSP), respecto a la clasificación, que puede ser considerado de forma paralela, a efectos interpretativos

en cuanto a la acreditación de la solvencia, revela un criterio contrario a la posibilidad de prescindir de requisitos de solvencia técnica al preceptuar, a propósito de la clasificación de las uniones de empresarios que ésta tendrá lugar mediante la acumulación de las características de cada una de las que integran la unión temporal que precisando *“en todo caso, será requisito básico para la acumulación de las citadas características que todas las empresas que concurran en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación ... en relación con el contrato al que opten”*. Además por el juego de la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la UTE el obligado a la ejecución del contrato puede ser uno o varios de los empresarios a los que no se ha exigido el requisito de solvencia técnica consistente en la calidad de sus productos.

En cuanto a la concurrencia de una posible excepción que pudiera incardinarse en el punto 5 del citado informe 29/2010, fundada en el hecho de que, según aduce la recurrente, Hinobepa S.L no vaya a desarrollar más que las funciones logísticas y de organización o económicas y la explotación del servicio la vaya a realizar Porteros Express S.L, debe señalarse que como aduce el órgano de contratación y comprueba este Tribunal, esta circunstancia no se hace valer por las licitadoras en ningún momento, ni con la presentación inicial de la documentación en el sobre de documentación administrativa, ni el trámite de subsanación, donde sin embargo, sí se alega la improcedencia de la exigencia, ni en la reclamación posterior presentada ante la Mesa el día 27 de marzo de 2015. Frente a ello existen en el expediente una serie de indicios, puestos de manifiesto por el órgano de contratación en su informe, (como la aportación de los certificados de explotación precisamente por Hinobepa, el objeto social de cada empresa o la participación de cada una de ellas en la UTE), que permiten una interpretación contraria. De esta forma teniendo en cuenta que la Mesa carecía de cualquier indicio que le hiciera en su caso aplicar la excepción hecha valer solo en sede de recurso, no cabe si no concluir que su actuación fue adecuada.

En consecuencia, el Tribunal considera ajustada a derecho la actuación de la Mesa de contratación y procedente la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don E.H.D., en nombre y representación de Hinobepa, S.L., contra la Resolución de fecha 17 de abril de 2015, del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón por la que se adjudica el contrato “Gestión, explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 332.11/2015.

**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 TRLCSP.