

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado don A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (en adelante, ACOSEPRI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir en el contrato de servicios titulado: “vigilancia y seguridad de los edificios que integran la red de viveros de empresas del Ayuntamiento de Madrid”, nº expte. 300/2016/00702, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 4 de agosto de 2016 fue publicado en el BOE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, el anuncio de la convocatoria del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y un plazo de duración de 12 meses, prorrogable por otros doce. El valor estimado del contrato es de 553.820,22 euros.

Segundo.- Con fecha 22 de agosto de 2016 ACOSEPRI interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP) por el que ha de regirse el contrato. Remitido al órgano de contratación, el 2 de septiembre envió el expediente de contratación y el informe preceptivo de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP.

La recurrente solicita la anulación de determinados puntos del apartado 20 del anexo I del PCAP en cuanto establece determinados criterios sociales para la adjudicación. Esgrime como motivo de impugnación que las condiciones laborales de cada empresa con sus trabajadores en nada afecta a la prestación del servicio y además se infringen las normas sobre libertad de negociación colectiva.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, defiende la adecuación a derecho de criterios sociales que vienen siendo admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, entendiendo que en modo alguno limitan o restringen la libre competencia sino que suponen una adecuad regulación de la misma.

Tercero.- Con fecha 8 de septiembre el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento en el momento inmediato anterior a la apertura de las ofertas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

El valor estimado del contrato se cifra en 553.820,22 euros. Dicho importe no supera el umbral de aplicación a las contrataciones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuyo artículo 4.d) que dice textualmente:

“d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV”.

En el mencionado Anexo XIV figuran los servicios de investigación y seguridad, entre ellos los del código CPV 79710000-4 “servicios de seguridad” a que se refiere este pliego objeto del recurso, pero estos no alcanzan el umbral mínimo para tener la consideración de sujetos a la Directiva.

En consecuencia, el contrato no queda incluido dentro de los sujetos a regulación armonizada y no es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP. Procede, por ello comprobar si lo sería en virtud del apartado 1.b) del mismo artículo.

Tal como se indica en el documento sobre la aplicación de la Directivas europeas de contratación pública elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, la nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Así los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE, modifican el ámbito de aplicación de las Directivas de recursos para incluir las concesiones de obras y servicios y también para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. España no ha procedido a la adaptación de la legislación nacional en materia de contratos públicos dentro del plazo de transposición que venció el 18 de abril. Hay que resaltar que el objeto del recurso debe garantizar que al menos coincide plenamente con las materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Es decir, las Directivas de recursos obligan a los Estados miembros de la Unión solo a garantizar la vía de recurso en aquellos contratos que

superen determinados umbrales. Como hemos indicado, el contrato al que se refieren los pliegos objeto del recurso no alcanza los umbrales necesarios.

No obstante, a efectos de determinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso planteado debe tenerse en cuenta el estado actual de la legislación del recurso especial en materia de contratación. Así cabe considerar que el apartado 1.b) del citado artículo 40 del TRLCSP establece que, además de los contratos sujetos a regulación armonizada, serán objeto de recurso los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

La intención del legislador nacional ha sido hacer coincidir el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación con, al menos, el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación. Por eso el vigente artículo 40 admite como contratos susceptibles del recurso especial los sujetos a regulación armonizada y además lo amplía voluntariamente, como opción de la legislación nacional, a los de servicios de las categorías 17 a 27 que superen el umbral de 209.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos en las condiciones del apartado c) del citado artículo 40.

El efecto directo de las Directivas de contratación pública admitido por la jurisprudencia de la Unión Europea es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares para hacer valer sus intereses frente a los poderes adjudicadores. Se excluye la posibilidad del efecto directo “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, el efecto directo “vertical descendente”, es decir, que los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar

que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión” (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, Portgás).

De lo expuesto puede concluirse que respecto de los contratos de servicios como el que es objeto de recurso los Estados miembros solo tienen la obligación de garantizar la existencia de un recurso rápido y efectivo, como es el recurso especial en materia de contratación, cuando superen el umbral de 750.000 euros. Sin embargo, el legislador nacional, que no ha procedido a la transposición de la Directiva, ha admitido la posibilidad de que sean susceptibles de recurso a partir del umbral de 209.000 euros, ampliando la posibilidad de recurso establecida en la Directiva. Se trata de una opción beneficiosa para la recurrente y en cuanto no se opone a la normativa comunitaria, no es posible aplicar efecto directo alguno de las directivas, procediendo en consecuencia aplicar lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP y admitir la posibilidad de recurso especial.

Segundo.- Especial examen exige la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que si bien se trata de una asociación representativa de intereses colectivos, entre cuyos fines se encuentra la defensa de los intereses de sus asociados, debe analizarse si se ha acreditado la adopción del acuerdo del órgano procedente para adoptar la decisión de recurrir, reclamado en trámite de subsanación por este Tribunal a la recurrente, con fecha 8 de agosto de 2016.

Tal y como ya señalábamos en nuestra Resolución 214/2014, de 3 de diciembre y más recientemente en la 168/2016, 14 de septiembre, en los casos en que el recurso se interponga por entidades representativas de intereses colectivos, además de los requisitos de legitimación relativos al objeto del recurso, se exige la aportación de los acuerdos para la interposición del recurso, adoptados por los órganos que conforme a sus normas de creación y funcionamiento, autoricen el

ejercicio de acciones, so pena de inadmisibilidad del recurso. De ahí que este Tribunal reclamara su aportación.

Esta exigencia deriva de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa, cuando establece que al escrito de recurso se acompañará *“d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.”*

Si bien el artículo 32 de la LRJ-PAC, aplicable por disposición expresa del artículo 46 del TRLCSP, no contiene una referencia expresa a tal efecto, sin embargo, de ello no puede deducirse la inexigibilidad de tales acuerdos en el ámbito del Recurso Especial, cuyas resoluciones como veremos son ejecutivas y únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, resultando tal exigencia una garantía, teniendo en cuenta la posible existencia de intereses en conflicto entre los diferentes asociados a este tipo de entidades.

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

En este caso requerido para subsanar la ausencia de acuerdo la recurrente presenta un escrito el día 5 de septiembre, en el que manifiesta, que aporta escritura pública y estatutos de Acosepri, de las que resultan las facultades del Presidente. En concreto aporta escritura de modificación de los Estatutos en la que consta en su punto 6. “Práctica administrativa y procesal”, que se faculta al Presidente de la

Asociación para “(...) *instar seguir terminar, como actor, demando o cualquier otro concepto toda clase de expedientes, juicios y procedimientos civiles, penales administrativos, gubernativos, y laborales de todos los grados (...) y en general realizar todos los actor procesales que permitan las respectivas leyes de procedimiento.*”

Entiende este Tribunal que de los términos de la escritura aportada no puede deducirse que la decisión sobre la adopción de la decisión de recurrir por parte de la Asociación corresponda al Presidente y que por tanto su voluntad pueda suplir a la de la Asamblea General, tampoco puede deducirse ello de los propios Estatutos en cuyo artículo 27 se enumeran las facultades del mismo entre las que no puede residenciarse la decisión de recurrir. En todo caso esta facultad corresponde a la Asamblea de acuerdo con el artículo 19.a) de los estatutos *“Adoptar acuerdos relativos a la representación, gestión y defensa de los intereses de sus asociados”*.

Es cierto que la recurrente atiende al requerimiento de este Tribunal, por lo que no puede tenérsela por desistida en los términos del artículo 71 de la LRJ-PAC, pero no lo es menos que la escritura aportada tiene el contenido de un poder general para pleitos y no atiende adecuadamente a la subsanación solicitada. A lo que cabe añadir que la Asociación recurrente ha presentado diversos recursos previamente en los que se ha solicitado y ha aportado el Acuerdo solicitado, por ejemplo en el recurso 6/2016.

En este punto es ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016, cuando con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto Sentencia de 5 de noviembre de 2008, distingue entre poder para recurrir y decisión de recurrir, señalando *“Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la*

máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente”.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.5 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 A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir en el contrato de servicios titulado: “vigilancia y seguridad de los edificios que integran la red de viveros de empresas del Ayuntamiento de Madrid”, nº expte. 300/2016/00702, por falta de acreditación de la adopción del Acuerdo para interponer el recurso por el órgano competente para ello, dentro de la Asociación.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal el 8 de septiembre.

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.