

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don R.H.M., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (ANESE) contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato “Gestión del servicio público de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética”, número de expediente: 1992/2014, del Ayuntamiento de Moralzarzal, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de agosto de 2014, se publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación y los pliegos de la convocatoria por procedimiento abierto y pluralidad de criterios del contrato “gestión del servicio público de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética”, número de expediente: 1992/2014, del Ayuntamiento de Moralzarzal (Madrid).

Con fecha 3 de junio de 2014 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación del contrato de referencia cuyo valor estimado es de 4.162.221,70 euros, sin que conste la existencia de gastos de primer establecimiento.

Segundo.- Frente a dichos pliegos se presentó recurso especial en materia de contratación que se sustanció bajo el número 174/2014, por la misma recurrente por considerar que la exigencia de que *“la empresa fabricante de las luminarias a suministrar deberá contar con más de veinte años de experiencia en el campo del alumbrado exterior justificándolo mediante inscripción en el Registro Mercantil y centro de producción en España”*, -establecida en el Anexo V: Prestación P5- Requisitos obligatorios de las luminarias a instalar-, obstaculiza la libre concurrencia.

El recurso se inadmitió mediante Resolución 179/2014, de 15 de octubre, al haberse interpuesto fuera del plazo establecido para ello.

Tercero.- Con fecha 22 de octubre de 2014, el pleno del Ayuntamiento adoptó Acuerdo, por el que se procede al desistimiento del procedimiento abierto de contratación de gestión de servicios de ahorro energético y concesión de alumbrado público aprobado en sesión plenaria de fecha 11 de agosto de 2014, e incoación de nuevo procedimiento previa modificación de los pliegos de condiciones económico administrativas y técnicas.

El PPT se modificó en cuanto a la solvencia exigida, en concreto su artículo 3.4 donde establece la necesidad del licitador de *“Disponer de las siguientes clasificaciones como empresa de obras: I-01-D y I-06-D”*, se sustituye por *“El licitador deberá acreditar solvencia técnica y profesional en obras e instalaciones eléctricas, acreditada documentalmente mediante medios, recursos y experiencia profesional y contractual. No será necesaria esta justificación documental de solvencia en el supuesto de disponer de clasificación como contratista de empresa de obras en los siguientes grupos y subgrupos I- 01-D y I-06-D.”*

Se realiza asimismo la corrección de un error material en el PCAP.

Los nuevos pliegos se publicaron en el BOCM el 24 de octubre de 2014.

Cuarto.- Con fecha 11 de noviembre de 2014 ANESE presentó, ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), esta vez por considerar que varios de los requisitos obligatorios generales de las luminarias a instalar, contenidos en el ANEXO V del PPT, provocan una clara obstaculización de la libre competencia.

Junto con el escrito de recurso se aportó certificación del Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, acreditativa de la inscripción de ANESE, donde se hacen constar los cargos de Presidente y representante legal, que recaen en la empresa ESSE Servicios Avanzados de Energía S.L, y de Secretario, en la empresa EXELERIA (Everis Servicios Energéticos, S.L.U).

Ante la insuficiencia de la documentación presentada, el mismo día 11 por la Secretaría de este Tribunal se solicitó a la recurrente que aportase la siguiente documentación:

- a) Estatutos/Normas –documento auténtico y fotocopia- de ANESE.
- b) El documento que acredite el cumplimiento de los requisitos conforme a los estatutos/normas arriba indicados, para que el firmante pueda interponer el presente recurso o, en su caso, pueda ejercitar acciones en general en nombre y representación de ANESE.
- c) El documento auténtico y fotocopia que acredite que D. Rafael Herrero Martín puede actuar en nombre y representación de ESSE, Servicios Avanzados de Energía, S.L.
- d) Escrito de recurso original debidamente firmado (aportan una fotocopia)
- e) Documentos 2, 3 y 4 aludidos en su escrito de recurso y que no han sido

aportados junto con el mismo.

Además, con fecha 13 de noviembre, para evitar cualquier duda sobre la documentación solicitada, se le remitió una comunicación por correo electrónico en la que se especificaba que se debía aportar documento que acredite el acuerdo del órgano competente de ANESE para que el firmante del recurso pueda interponer el mismo, o en su caso, la correspondiente ratificación.

Para atender dicho requerimiento, la recurrente presentó Escritura de constitución de ESSE Servicios Avanzados de energía S.L, en la que constan las potestades del firmante del recurso y sus estatutos, un certificado de la Caja de Ávila relativo al capital social de esta, certificado del Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior en el que constan los cargos ostentados por cada empresa participante y Acta de la reunión de la Asamblea General Ordinaria de ANESE del 28 de junio de 2011, con tres puntos: de un lado la presentación de la memoria de actividad de la asociación, presentación de cuentas, y elección de nueva Junta Directiva.

También el día 11 de noviembre, se comunicó la interposición del recurso al órgano de contratación, que remitió el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), el 13 de noviembre.

En el informe se aduce que “Sean o no del gusto de los recurrentes, los condicionados técnicos de los equipos a suministrar, son los que, a criterio de los técnicos municipales, deber reunir como estándar adecuado de calidad del suministro, por lo que en ningún caso, como se insiste en el recurso, se están invadiendo competencias técnicas del licitador a la hora de elaborar su oferta. Es absurdo pensar que los licitadores puedan imponer su voluntad a la Administración contratante.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal y como resultó del examen de este expediente, con ocasión del recurso 174/2014, 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.

Segundo.- El artículo 42 del TRLCSP establece 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”*. Este precepto guarda relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El citado artículo 31, en su apartado 2, dispone que *“las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”*.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar legitimada a una asociación se requiere que ostente un interés legítimo, considerando éste como el interés de sus asociados o de algunos de ellos, o un interés que afecte directamente a la asociación como tal.

La recurrente es una Asociación de ámbito nacional, constituida al amparo de

la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación.

Se han aportado los Estatutos de la Asociación, que establecen, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que agrupa a empresas autónomas o instituciones que desarrollen su actividad dentro del sector energético y que se configuren como Empresas de Servicios Energéticos tal y como se definen en la Directiva 2006/32/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y servicios energéticas, teniendo entre sus fines, de acuerdo con su artículo 4 b) *“La representación de sus asociados ante organismos públicos de ámbito estatal, autonómico y local para la defensa de sus intereses”*.

De esta forma ostenta un interés legitimador de la interposición del presente recurso. Ahora bien, 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, reiterando dicha petición de forma explicativa.

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 existencia de intereses en conflicto normalmente en 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.

Debe acudirse a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

La recurrente, para el ejercicio de sus fines cuenta con una Asamblea General, una Junta Directiva, un Presidente y en su caso, un Gerente. La función de decisión relativa al ejercicio de acciones no consta atribuida específicamente a ninguno de estos órganos, haciéndose constar únicamente que corresponde al presidente “representar legalmente a la asociación ante toda clase de organismos públicos o privados”. (artículo 21.I.a))

Sin embargo el poder de representación de una persona física, no puede identificarse con el acuerdo para el ejercicio de acciones en nombre de personas jurídicas. Así afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre 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 la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser

tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la justificación de la decisión de litigar tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues, siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de constatarse 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 el órgano que tiene atribuida 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.

La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos es aplicable para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

Esta circunstancia se advierte en la guía de procedimiento publicada en la página web del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobada mediante Resolución 3/2011, 7 de octubre de su Presidenta y en el ámbito del recurso especial en materia de contratación podemos citar el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 30/2011, de 19 de diciembre y en la Resolución 165/2013, de 16 de octubre, de este Tribunal, entre otras.

Procede por tanto declarar la inadmisibilidad del recurso por falta de aportación del acuerdo para recurrir.

Tercero.- Cabe apreciar además otra causa de inadmisión del recurso, porque como más arriba se ha indicado ANESE ya interpuso recurso especial contra el PPT del contrato la primera vez que fue publicado, si bien por una causa distinta de la ahora esgrimida. Pero lo cierto es que el PPT objeto del presente recurso mantiene en su

redacción actual idénticas exigencias técnicas en el Anexo V, que las que contenía antes de su modificación y que fueron ya recurridas por ANESE, si bien su recurso fue extemporáneo.

El artículo 44 del TRLCSP establece en su apartado 2 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”.

Una vez puesto a disposición de los interesados el PPT, la recurrente tuvo ocasión de interponer recurso alegando todos los aspectos que consideraba no ajustados a derecho y únicamente lo hizo en relación con la exigencia de que *“la empresa fabricante de las luminarias a suministrar deberá contar con más de veinte años de experiencia en el campo del alumbrado exterior justificándolo mediante inscripción en el Registro Mercantil y centro de producción en España”*, por lo que no procede ahora de forma extemporánea recurrir otros aspectos técnicos del PPT. No es obstáculo a la anterior conclusión el hecho de que se haya realizado una modificación de los pliegos que no afectan al punto del PPT ahora impugnado, ni la consecuente ampliación del plazo de presentación de ofertas puede entenderse como apertura de un nuevo plazo de presentación del recurso. El Pliego, con el mismo contenido, estaba en manos de la recurrente al menos desde el mes de agosto de 2014.

Aun aceptando en hipótesis que la publicación del anuncio de corrección de errores contiene una modificación del PPT que supusiera la apertura del nuevo plazo

de interposición, cabría considerar que el conocimiento de su contenido, en lo relativo al nuevo recurso es anterior pues ya figuraba en el primitivo PPT.

Por lo tanto cabe también inadmitir el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por don R.H.M., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (ANESE) contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato “Gestión del servicio público de servicios energéticos con mantenimiento y garantía total del servicio de alumbrado público y sistemas de ahorro y eficiencia energética”, número de expediente: 1992/2014, del Ayuntamiento de Moralzarzal, por falta de legitimación activa y por extemporaneidad.

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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL