Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 102_2023

Acuerdo 99/2023, de 18 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "NEW ENERGY CONCEPT 2020, S.L.", frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Contrato mixto de obra y suministro, necesario para las actuaciones contempladas en el proyecto de "Sistema inteligente de control de tráfico y accesos al centro histórico de Teruel», promovido por la Sociedad Municipal Urban Teruel, S.A.

Ponente: Carmen Biarge Conte

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 31 de agosto de 2023 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio de licitación y los pliegos relativos al procedimiento que figura en el encabezado del presente acuerdo.

Según figura en el citado anuncio, se trata de un contrato mixto de obras y suministros, tramitado por procedimiento abierto con un valor estimado de 200 479, 72 €. El plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 27 de septiembre de 2023.

Segundo.- Con fecha 21 de septiembre de 2023 se recibió en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don F.J.G.M., en nombre y representación de la mercantil "NEW ENERGY CONCEPT 2020, S.L.", en el que impugna los pliegos del procedimiento de licitación de referencia.

Tercero.- El día 22 de septiembre de 2023, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).
La documentación requerida se ha recibido los días 26 de septiembre de 2023 y 3 de octubre de 2023. En su informe, el órgano de contratación afirma que el contrato no es susceptible del recurso especial por ser de cuantía inferior a la que permite el acceso a este recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal administrativo ha tramitado el presente recurso con preferencia dado que al estar el contrato del que trae causa financiado en un 50% con cargo a fondos del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 128.4 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, LUECPA).

El mencionado precepto establece lo siguiente:

«Los recursos que se interpongan en relación con contratos públicos financiados con fondos europeos gozarán de preferencia en su tramitación»

SEGUNDO.- Como cuestión previa, y determinante de la admisibilidad, procede resolver si la empresa pública “Sociedad Municipal Urban Teruel SA”, tiene la consideración de poder adjudicador.

Por ello procede acudir en primer lugar al artículo 3.3 de la LCSP en el que se señala que: «Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.»

La Sociedad Municipal Urban Teruel SA., es una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal, constituida el 8 de noviembre de 2001.

Procede examinar, por tanto, si concurren los requisitos para considerar a la mercantil citada, poder adjudicador no Administración Pública y, de ahí, que resulte apropiado traer a colación los Acuerdos de este Tribunal, 72/2021, de 6 de agosto, 104/2015, de 9 de diciembre, 33/2020, de 8 de mayo y 51/2020, de 6 de julio, en los que sobre este extremo se afirma lo siguiente:
«*El concepto de poder adjudicador es de fundamento europeo y debe ser interpretado desde la lógica funcional del concepto, respetando los criterios que sobre el mismo ha fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión*

Europea (en adelante, TJUE), que no se pueden desconocer ni «reinterpretar» desde visiones nacionales. Esta doctrina del TJUE es fuente interpretativa de obligado cumplimiento, y tiene por función limitar aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Además, el artículo 1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, recuerda la obligación de respetar la jurisprudencia del TJUE.

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

"El concepto de `poderes adjudicadores´ y en particular el de `organismos de Derecho público´, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un `organismo de Derecho público´, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".

El concepto de "organismo de Derecho público" como concepto del Derecho de la Unión –que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia–, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las Sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de

15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

El artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública (con definición similar a la que recogía el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004), define como `organismo de Derecho público´ a los efectos de su consideración como poder adjudicador a:

"Cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público".

Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador. Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente –así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01)–:

1.- Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA). La doctrina fijada en esta Sentencia es clara:

"… se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate".

2.- Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).

3.- Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

Estos tres requisitos son cumplidos de forma indubitada por Mercazaragoza: tiene personalidad jurídica, el control es público al ser una empresa de capital íntegramente público, y realiza una actividad de interés general y no exclusivamente industrial o mercantil.

Este último requisito es el que se discute por Mercazaragoza que, erróneamente, como se explicará, realiza una interpretación en la que lo mercantil, al margen del posible interés general, niega la condición de poder adjudicador. Y es errónea, porque desde 1998 el TJUE ha advertido que la idea de interés general –al margen de que sea una actividad industrial o mercantil–es la que decanta este tercer requisito. Como refleja la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto BFI Holding BV, siempre tendrá vis atractiva el carácter de interés general,

aunque sea una actividad industrial o empresarial (criterio confirmado, entre otras, por la STJUE Adolf Truley, de 27 de febrero de 2003).

Esta jurisprudencia se ha completado con otras sentencias que han perfilado la nota de actividad industrial o mercantil como existencia de riesgo empresarial. El TJUE ha analizado, desde una lógica funcional y no formal, la concurrencia o no de esta circunstancia, para lo que examina, como elemento determinante, las características de la actividad de la entidad, como son la competencia en el mercado, el ánimo de lucro, y la asunción real de riesgos por parte de la misma.

En la Sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà Srl. (Ente Autónomo Fiera di Milano), el TJUE entiende que:

"36 Sobre este particular, es oportuno referirse a la enumeración de los organismos de Derecho público contenida en el anexo I de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 54), a la que se refiere el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50. Sin ser exhaustiva, esta lista pretende ser lo más completa posible.

37 El análisis de dicha enumeración demuestra que por regla general se trata de necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, antes citada, apartados 50 y 51).

38 Por otra parte, si bien el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 53), también consideró que la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de

interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 49), que se extienden tanto a nivel internacional como nacional y regional, corrobora la interpretación según la cual la actividad consistente en organizar ferias y exposiciones no se ajusta al criterio definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva".

La jurisprudencia del TJUE (STJUE Riita Korhonen y otros, de 22 de mayo de 2003), recogida expresamente en la Directiva 2014/24/UE, pone el énfasis en que un organismo de Derecho público, es un organismo que no opera en condiciones normales de mercado, carece de ánimo de lucro y no soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Tesis confirmada por la 6 de octubre de 2003, que concluye la condición de poder adjudicador de la empresa pública española Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA). El Tribunal entendió en aquella ocasión que la actividad de la empresa en cuestión era de interés general, al constatar que no asumía riesgo, ni perseguía fines de lucro, circunstancia que evidencia que carece de contenido económico, al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial.

Del objeto social establecido en los Estatutos de Mercazaragoza, que se reproduce en el antecedente segundo de este Acuerdo, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que todas sus actividades responden a la necesidad de satisfacer intereses generales, y que es a través de la creación de Mercazaragoza como el Ayuntamiento de Zaragoza y MERCASA les dan respuesta y los satisfacen. En este punto, puede afirmarse, que la finalidad de mejora del abastecimiento de productos alimenticios y su red de comercialización y distribución encomendada a Mercazaragoza, tiene por objetivo satisfacer necesidades que pueden calificarse como de interés general. Lo que, per se, implica el cumplimiento del tercer requisito para tener consideración de poder adjudicador.

Asimismo, en una actividad en la que no existe competencia, resulta difícil justificar su carácter industrial o mercantil (como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2015, de 12 de mayo, respecto a la Feria de Zaragoza). Pero aunque

así fuera, la vis atractiva de la nota de interés general, que resulta indiscutible, determina que Mercazaragoza es poder adjudicador no Administración Pública, y debe respetar las reglas del artículo 190 TRLCSP en contratos de importes armonizados (y no las previsiones del artículo 192 TRLCSP).

La conclusión expuesta se refuerza todavía más con el dato de que Mercazaragoza tiene la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Zaragoza. Así se reconoce de forma expresa en sus Estatutos vigentes. Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica –que por sí misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública–, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP:

"...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190".

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con

terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.

Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretodo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

En consecuencia, Mercazaragoza tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública [artículo 3.3 b) TRLCSP] –actualmente, artículo 3.3.d) de la LCSP– *y, por ello, sus contratos, pueden ser objeto de control mediante recurso especial, ante este Tribunal administrativo*».

En el caso que nos ocupa, resulta que la "Sociedad municipal Urban Teruel SA", es una mercantil pública local, con personalidad jurídica propia, cuyo objeto es el desarrollo de las actividades precisas para llevar a cabo la definición y ejecución de los ejes, medidas, y proyectos, integrantes del "Proyecto Urban II, Teruel" de fondos comunitarios FEDER, y la realización, desarrollo y ejecución de cualquier encargo de ejecución, siempre que la materia objeto de encargo fuera competencia del Ayuntamiento de Teruel, y desarrolla como objeto también promover el comercio, el turismo, el fomento de los intereses económicos y sociales de la ciudad y del pleno empleo, así como la ejecución de políticas públicas de vivienda. En cuanto al capital público en su totalidad, es suscrito por el Ayuntamiento de Teruel, y sus órganos de administración están constituidos por concejales.

Por lo que, al igual que en los supuestos analizados en los acuerdos citados, en consonancia con los artículos 2.1 y 3.3. letra d) de la LCSP, se llega a idéntica conclusión en cuanto a la consideración de dicha mercantil como poder adjudicador y su régimen aplicable.

TERCERO.- En relación con la legitimación de don F.J.G.M. y su representación para interponer el presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, el informe del órgano de contratación, indica que no se le tiene que considerar legitimado ya que finalizado el plazo establecido en el PCAP no ha presentado oferta en la licitación.

El artículo 48 de la LCSP, establece que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*»

De la documentación obrante en el expediente, se desprende que la recurrente no ha llegado a presentar oferta en el procedimiento de licitación objeto de recurso.

Este Tribunal administrativo, consideró en el Acuerdo 70/2023, de 20 de julio, de igual manera que se establecía en un anterior Acuerdo 20/2022, lo siguiente: «*En el presente supuesto, pese a que de la documentación obrante en el expediente de contratación se desprende que la recurrente no ha llegado a presentar oferta en el procedimiento licitatorio, habida cuenta tanto del objeto social que figura en sus estatutos sociales (que engloba, entre otras, las actividades en que consiste el objeto del contrato) como de las pretensiones ejercidas mediante el escrito de recurso, relativas a las condiciones de participar en la licitación, que revelan que los pliegos pueden restringir sus opciones de concurrir a la misma.*

Por tanto, cabe reconocer legitimación a la citada empresa para recurrir, precisamente, los pliegos rectores de la licitación en la medida que pueden irrogarle un perjuicio al que pretende poner remedio mediante la interposición del recurso y la eventual resolución favorable a sus intereses, todo ello de acuerdo

con el criterio sentado al respecto por este Tribunal en Acuerdos como el 40/2013, de 1 de agosto y el ya citado 65/2021.»

Cuando el licitador no ha presentado oferta en el procedimiento, es necesario, para que ostente legitimación en la impugnación de los pliegos que éstos le impidan participar en condiciones de igualdad, que se vea impedida su participación en base a restricciones establecidas en los pliegos. No corresponde ahora entrar en el fondo del recurso, sino determinar si los criterios expuestos en los pliegos, le pueden impedir presentar una propuesta en el procedimiento de licitación en condiciones de igualdad.

El procedimiento de licitación que se recurre tiene por objeto «*la ejecución de los trabajos comprendidos en el proyecto de "Sistema inteligente de control de tráfico y accesos al centro histórico de Teruel"».*

La recurrente en su escrito, considera que los pliegos que rigen la licitación, no se acomodan a la legislación aplicable en materia de protección de datos de carácter personal (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre) ni a la legislación que regula es Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo), indicando al respecto que «*el objetivo de la red de cámaras con lectura de matrícula de la presente licitación es servir a la Policía Local para recopilar datos y grabaciones, los datos, imágenes o grabaciones captadas pueden contener o referirse a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas (Por ejemplo para la identificación de infractores de normas de tráfico y seguridad vial o en la investigación de los implicados un accidente de tráfico o un robo grabado por las cámaras), o pueden contener datos derivados de actos de violencia de género (Por ejemplo, y aunque no sea la finalidad principal del sistema, una grabación de una agresión en la vía pública que permita identificar a víctima y agresor por imagen facial), el nivel de seguridad exigible al sistema debe calificarse como alto.»*

Considera que en atención a lo regulado por dicha normativa «*el Ayuntamiento, al ser el titular del local integrado en el sistema de información, precisa igualmente de certificación de conformidad con el ENS a nivel alto*.

(…)

el sistema de comunicaciones, basado en una red UTP y de fibra óptica a través de canalizaciones en fachadas y vías públicas, integrado en el sistema de información, precisa igualmente de certificación de conformidad con el ENS a nivel alto.

(…)

Según resulta de la alegaciones precedentes los pliegos no prevén la aplicación del RD 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad e infringen lo dispuesto en su art. 2.3 al no contemplar que "Los pliegos de prescripciones administrativas o técnicas de los contratos que celebren las entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto contemplarán todos aquellos requisitos necesarios para asegurar la conformidad con el ENS de los sistemas de información en los que se sustenten los servicios prestados por los contratistas, tales como la presentación de las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad con el ENS".

La no inclusión de dicho requisito legal en los pliegos puede determinar que candidatos que no gocen de la correspondiente Declaración o Certificación se presenten en esta licitación vulnerándose con ello, aparte de la normativa ENS, los principios de igualdad, mérito, capacidad, transparencia y seguridad jurídica que debe presidir todo procedimiento de concurso competitivo que se celebre ante una administración pública, pudiendo perjudicar a las mercantiles licitadores que han empleado grandes esfuerzos en diseñar soluciones y sistemas

merecedores del correspondiente certificado o declaración de conformidad con el ENS.»

El órgano de contratación en el informe al recurso, dice que «*para alcanzar el mayor grado de cumplimiento del Esquema nacional de Seguridad que nuestras obligaciones legales y nuestra realidad de medios personales y materiales pudiera permitir, el Ayuntamiento de Teruel contrató los servicios de empresas especializadas que nos guían en este proceso.*

(…)

El objeto de este último contrato, siguiendo las recomendaciones de las empresas especializadas citadas, era el asesoramiento técnico para cumplimentar todos los pasos y acciones tendentes a garantizar el cumplimiento del ENS en su categoría MEDIA, que es al que las empresas especializadas nos recomiendan llegar a medio plazo, dadas nuestras obligaciones, actividades, tamaño y realidad de medios humanos y materiales.

Actualmente el Ayuntamiento de Teruel está trabajando en dar esos los pasos necesarios para conseguir esa categoría nivel MEDIO y poder obtener dicha acreditación tras superar la correspondiente auditoría por parte de una entidad acreditadora. Transmitido por las empresas especializadas, con realismo, el Ayuntamiento de Teruel, al igual que el grueso de las EELL de similar tamaño e importancia, no está en condiciones de conseguir una acreditación ALTA en el medio plazo.

De hecho, si acudimos al listado del Centro Criptográfico Nacional citado por el recurrente https://gobernanza.ccn-cert.cni.es/certificados y filtramos por categoría Alta (cosa que no ha hecho el recurrente, al aportar pantallazo de filtrado por categorías básica y media), descubriremos que solamente 11 entidades del sector público cuentan en ese enlace web con certificado Alto, y sólo uno de ellos es una EELL.

A la vista de lo expuesto, parece injustificado que para contratar el servicio de vigilancia que ahora pretende el Ayuntamiento de Teruel la exigencia de la normativa en cuanto a ENS lo sea en su nivel o categoría alta.

Y, en consecuencia, sería desproporcionado que en los pliegos de la licitación que se está llevando a cabo se exigiera dicha categoría alta a los licitadores participantes.»

El objeto de la actuación, según se describe en el PPT que rige la licitación, indica que es «*continuar con la peatonalización del Centro Histórico de Teruel, para ello de este proyecto se define el plan de actuación, consistente en la Instalación de un sistema inteligente de control de tráfico y accesos al Centro Histórico de Teruel, bajo el cumplimiento de la legislación vigente.*

Consecuentemente, en el presente proyecto se establecen las condiciones técnicas de diseño, valoración, ejecución y mantenimiento que deberán reunir las instalaciones del sistema de cámaras. Del mismo modo será objeto del presente proyecto definir las siguientes premisas:

− Describir las instalaciones a realizar

− Describir las características técnicas mínimas que deberán cumplir los eleme ntos que forman parte de la instalación.

También es objeto del presente proyecto el servir de base para la contratación y ejecución de dichas obras.»

Por todo ello, manifestada por parte de la recurrente su intención de participar en la licitación, y que los pliegos tal y como se han aprobado pueden ocasionar un perjuicio a los licitadores, «*que han empleado grandes esfuerzos en diseñar soluciones y sistemas merecedores del correspondiente certificado o declaración de conformidad con el ENS*», considerando que sus intereses legítimos o derechos podrían resultar afectados en función de la resolución del recurso sobre

los pliegos, ya que el no establecer el mencionado certificado, le puede suponer un obstáculo a su participación en el procedimiento en condiciones de igualdad, se considera legitimado para la interposición del recurso.

CUARTO. - En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial y la competencia de este Tribunal para su resolución, la LUECPA establece en su artículo 118.1. lo siguiente:

«*El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para conocer y resolver sobre:*
a) Los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere la legislación básica en materia de contratación pública vigente.
b) Las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los supuestos previstos en la legislación básica en materia de contratación pública vigente sobre los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
c) La adopción de las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar por las personas legitimadas en los procedimientos anteriormente mencionados».

La remisión a la legislación básica que realiza el precepto recién reproducido, conduce al artículo 44.1 de la LCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.
Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».

Pues bien, en el caso que nos ocupa, resulta que el contrato recurrido tal y como se califica por la Resolución del Consejero Delegado de 30 de agosto, por la que se aprueba el expediente de contratación lo define como mixto de obras y suministro, que establece que la prestación principal del contrato es la obra de la instalación.

El objeto principal del procedimiento de licitación es la ejecución del proyecto "SISTEMA INTELIGENTE DE CONTROL DE TRÁFICO Y ACCESOS AL CENTRO HISTÓRICO DE TERUEL", el PPT regula, que en el mismo se define el plan de actuación «*consistente en la instalación de un sistema inteligente de control de tráfico y accesos al Centro Histórico de Teruel»,* para ello se realizará una instalación de 11 cámaras LPR, intercomunicadas entre ellas y con el centro de control. Para la ejecución de la puesta en funcionamiento del dicho sistema, el PPT del proyecto en el artículo 2, incluye como trabajos a realizar:

- «*la obra civil necesaria para las instalaciones eléctricas y de telecomunicaciones.*

- *El suministro de los aparatos y equipos de que conformarán el sistema.*
- *La formación del personal designado para el control y explotación de dicho sistema*.»

Cabe afirmar, en este punto, como viene señalando este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 125/2019, de 30 de septiembre que: «*la previa calificación de un contrato en el pliego no vincula a este Tribunal ni excluye la posibilidad de que compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde o no con lo establecido al respecto en la LCSP y, en consecuencia, puede ser subsumida en alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial.»*

Pues bien, la calificación como mixto, del procedimiento de licitación, únicamente figura en la citada Resolución del Consejero Delegado, y en el título del procedimiento de contratación, el resto de documentación que consta en el expediente, hace referencia a un contrato de obras.

Entre los diferentes documentos que constan en el expediente, figura el Proyecto de “SISTEMA INTELIGENTE DE CONTROL DE TRÁFICO Y ACCESOS AL CENTRO HISTÓRICO DE TERUEL”, que sirve de base a la licitación, y que se califica en el expediente, como proyecto de obras.

Por otro lado, el PCAP, en la cláusula 3, referente al régimen jurídico del contrato, establece que *«la contratación a realizar, de conformidad con la definición efectuada por el artículo 13 de la LCSP se califica como contrato de obras.»* Las cláusulas del PCAP, regulan la licitación de un contrato de obras, incluso la denominación de los sobres que deben contener la documentación administrativa, como la acreditativa de los criterios de adjudicación en función de un juicio de valor, hacen referencia a la contratación de la obra.

Se pone de manifiesto las incoherencias que existen en el expediente referentes a la calificación del contrato, que, si bien denominan contrato mixto de obras y

suministros en la Resolución del Consejero Delegado, y el PCPA así lo define, así como el informe al recurso que incide en que es contrato mixto, en el resto del contenido del PCAP y del expediente, hace referencia a la contratación y ejecución de unas obras, y así figura, también, en la memoria justificativa del inicio del expediente; aunque, en el informe de intervención que consta en el expediente, se hace referencia a la licitación del proyecto de obra y los correspondientes contratos de servicios.

Ante ello, y vista la falta de congruencia formulada en el expediente respecto a la calificación del contrato, tomando como base los documentos técnicos que obran en el expediente y que han sido aprobados, entre los que figura el correspondiente proyecto técnico, determina que se trata de un contrato de obras.

En consecuencia, y considerando que la calificación del contrato es la necesaria para la ejecución de unas obras, siendo el valor estimado del contrato, como indica el órgano de contratación, de 200.479,72 €, no es superior a lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, para los contratos de obras, lo que conlleva que no alcanza el umbral para ser susceptible de recurso especial en materia de contratación y procede inadmitir el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la LUECPA.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen de los motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad y así lo establece el artículo 129 de la LUECPA antes citado.

CUARTO.- Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), según el cual *«el error o*

la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», procede remitir el recurso al órgano de contratación, al objeto que determine su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPACAP.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 117 y siguientes de la LUECPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial presentado por "NEW ENERGY CONCEPTO 2020, S.L.", frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Contrato mixto de obra y suministro, necesario para las actuaciones contempladas en el proyecto de "Sistema inteligente de control de tráfico y accesos al centro histórico de Teruel», promovido por la Sociedad Municipal Urban Teruel, S.A., al haberse interpuesto ante un contrato de obras que no es susceptible de recurso especial, por no ser su valor estimado superior a tres millones de euros

SEGUNDO.- Remitir el recurso a la Sociedad Municipal Urban Teruel, S.A., al objeto de que determine su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPACAP.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.