

**Recurso 52/2017****Resolución 72/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de abril de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS INSTALADORES DE AGUA, GAS, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, ELECTRICIDAD, PRODUCTOS PETROLÍFEROS LÍQUIDOS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS, ENERGÍA SOLAR, MANTENIMIENTO Y AFINES DE ALMERÍA Y PROVINCIA (ASINAL)** contra los anuncios y los pliegos que rigen la licitación de los contratos denominados “Ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización en distintas salas del Palacio de Congresos del Toyo” y “Ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización en las salas 5, 6, 7 y 8 del Palacio de Congresos del Toyo”, promovidos por la Empresa Municipal Almería XXI, S.A., este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 14 de marzo de 2017, fueron publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería los anuncios de licitación de los contratos indicados en el encabezamiento de esta resolución.



En el cuadro resumen de los pliegos se establece el presupuesto de licitación (IVA incluido) de cada uno de los contratos que asciende, respectivamente, a 205.000 euros y 211.750 euros.

**SEGUNDO.** El 22 de marzo de 2017, ASINAL presentó en una Oficina de Correos -sucursal de Almería- escrito de recurso especial en materia de contratación contra los anuncios y pliegos que rigen la licitación de ambos contratos. El mismo día 22 de marzo, se remitió a este Tribunal copia en formato electrónico del citado escrito, cuyo original se recibió en el Registro del Tribunal el pasado 24 de marzo de 2017.

**TERCERO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 22 de marzo de 2017, se da traslado del recurso al órgano de contratación, solicitándole el expediente de contratación, informe sobre el recurso, alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el pasado 31 de marzo de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisibilidad del recurso, hemos de examinar si la entidad contratante -Empresa Municipal Almería XXI, S.A.- ostenta o no la condición de poder adjudicador conforme a lo estipulado en el artículo 3.3 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Ello es así porque el recurso especial en materia de contratación, por propia definición -artículo 40.1 del TRLCSP-, solo es posible respecto de actos referidos a contratos dictados por *“las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores”*.



De este modo, la competencia del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, conforme a su norma de creación –Decreto 332/2011, de 2 de noviembre-, se extiende al ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus poderes adjudicadores (artículo 1) y al de las Entidades Locales de Andalucía y sus poderes adjudicadores cuando aquellas no hayan creado órgano propio ni encomendado la resolución de los recursos especiales al órgano especializado que pueda existir a nivel provincial (artículo 10), no abarcando la competencia del Tribunal la actividad contractual de aquellos entes que, aun siendo del sector público, no sean poderes adjudicadores.

En tal sentido, la Empresa Municipal Almería XXI sostiene que no tiene la condición de poder adjudicador, cuestión esta que debemos analizar en primer lugar, pues de la solución que finalmente se adopte dependerá la sujeción o no de aquella al recurso especial y a la competencia de este Tribunal respecto de sus actos en materia contractual.

Pues bien, el artículo 3.3 b) del TRLCSP, establece que *“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:*

*b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) [Administraciones Públicas] que hayan sido creados 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 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”*

Asimismo, los requisitos para considerar que un ente del sector público tiene la condición de poder adjudicador se recogen en el artículo 2.1 apartados 1) y 4) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de



febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

En tal sentido, el artículo 2.1.1) de la Directiva señala que, a los efectos de la misma, se entenderá por poderes adjudicadores *“el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho Público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público”* y el mismo artículo 2.1 en su apartado 4) define el Organismo de Derecho público como *“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”.*

Puede comprobarse, pues, que la regulación en esta materia del vigente TRLCSP es acorde con la de los transcritos preceptos de la Directiva, y de tal regulación se desprende que para que un ente tenga la condición de poder adjudicador deben concurrir, de modo acumulado, tres requisitos:

1. Gozar de personalidad jurídica propia.
2. Que su actividad esté mayoritariamente financiada por otro u otros poderes adjudicadores, o bien su gestión se halle controlada por estos, o bien su órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por poderes adjudicadores.
3. Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.



En el supuesto examinado, la Empresa Municipal Almería XXI, S.A. (Almería XXI, en adelante) tiene personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 1 de sus Estatutos), su capital social está íntegramente suscrito y desembolsado en el momento de su constitución por el Ayuntamiento de Almería (artículo 5 de los Estatutos) y su órgano de administración es el Consejo de Administración que está presidido por el Alcalde de Almería y lo componen ocho Consejeros que serán miembros de la Corporación.

Está claro, pues, que ALMERÍA XXI cumple dos de los requisitos que caracterizan legalmente al poder adjudicador, quedando por examinar el tercero y último de ellos, a saber, si ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

En tal sentido, el considerando 10 de la citada Directiva 2014/24 señala 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.”*

Como el propio considerando de la Directiva expone, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la que ha examinado de forma reiterada el concepto de “organismos de derecho público”; concepto que, como hemos señalado, coincide con el de entes, organismos y entidades que tienen la condición de poderes adjudicadores a que se refiere el artículo 3.3 b) del TRLCSP.

De la citada jurisprudencia, se pueden extraer las consideraciones siguientes:

1. La calificación formal de un ente como sujeto a régimen privado o mercantil es irrelevante y no prejuzga el carácter exclusivamente industrial o mercantil de su actividad. Dicho carácter ha de apreciarse desde un punto de vista funcional y



no meramente formal, pues lo determinante es el tipo de actividad que el ente realice y no su forma jurídica. (Sentencias de 10 de noviembre de 1998 -asunto C-360/96 y de 15 de mayo de 2003 ).

**2.** El concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” pertenece al Derecho comunitario y comprende aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (Sentencia de 27 de febrero de 2003 -asunto C-373/00). Pueden calificarse como actividades conducentes a la satisfacción del interés general las que se llevan a cabo en un entorno liberalizado, pero sobre las cuales los poderes públicos deciden intervenir.

Al respecto, la Resolución 104/2015, de 9 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señala que “(...) 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 )”*

**3.** La actuación del ente en régimen de competencia en el mercado no supone, por sí mismo, un indicador unívoco del carácter mercantil o industrial de la actividad, aunque puede ser un indicio considerando también si el ente está gestionado según criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad en el marco de un entorno competitivo, o bien no tiene ánimo de lucro ni asume los riesgos derivados de su actividad en el mercado.

**4.** No desvirtúa la calificación de una actividad como de interés general el hecho de que la entidad realice otras no calificables como tales, incluso cuando el peso



relativo de la primera respecto de la actividad global del ente sea minoritaria (Sentencia de 22 de mayo de 2003 – asunto C-18/01).

En el supuesto analizado en la presente resolución, el artículo 2 (Objeto Social) de los Estatutos de ALMERÍA XXI dispone que *“La Sociedad tendrá por objeto social la competencia municipal de promoción y gestión de viviendas, con especial atención a las de Protección Oficial, de equipamiento comunitario y de suelo edificable y la realización de actividades urbanísticas, dentro de la competencia general establecida en el artículo 25.2 d) de la Ley de Bases de Régimen Local, de acuerdo con las directrices municipales y coordinadas por su Consejo de Administración.”*

En tal sentido, los apartados a) y d) del artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local señala que *“El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:*

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. (...) Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera (...)*
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.”*

Así pues, la literalidad del precepto estatutario define el objeto social aludiendo a competencias municipales, lo que sin duda determina que la actividad desplegada por ALMERÍA XXI deba calificarse como de interés general, concepto que además es consustancial al propio concepto de Administración Pública (artículo 103 de la Constitución), por lo que estando ALMERÍA XXI participada en su totalidad por el Ayuntamiento de Almería, difícilmente tal participación podría perseguir otro fin o interés que no fuera de carácter general.

Hasta ahora, pues, convergen en la empresa municipal todas las características señaladas, tanto en la legislación y jurisprudencia europeas como en el TRLCSP, para considerar a aquella como poder adjudicador. En concreto, se trata de una



entidad con personalidad jurídica propia financiada totalmente por una corporación municipal, cuyo órgano de administración y dirección está constituido íntegramente por miembros del Ayuntamiento de Almería y que ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general hasta el punto de que su objeto social, según los Estatutos de la entidad, es el ejercicio de una competencia municipal.

Por tanto, solo queda por analizar, a efectos de determinar si ALMERÍA XXI ostenta la condición de poder adjudicador, la concurrencia o no del carácter mercantil o industrial en las necesidades de interés general que satisface, pues el hecho de desarrollar una actividad de interés general no obsta a que, además, pueda tener carácter mercantil, toda vez que se trata de cualidades diferentes como señala la jurisprudencia europea.

Ya hemos visto anteriormente que el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE incorpora determinadas aclaraciones introducidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el concepto de “organismos de Derecho público”, señalando a tales efectos 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.”* Se trata, pues, de tres aspectos -competencia en el mercado, ánimo de lucro y asunción de los riesgos y pérdidas de la actividad- que por sí solos no determinan inexorablemente el carácter mercantil de la actividad, pero que en concurrencia sí permiten considerar dicha naturaleza o carácter.

En el caso de ALMERÍA XXI, el artículo 2 de sus Estatutos le atribuye, para el cumplimiento de su objeto social, una serie de funciones que pueden ejercerse también en el sector privado, tales como la realización de estudios urbanísticos, investigación, información, asesoramiento y colaboración en estudios y actividades técnicas, y construcción y promoción de viviendas.



Ahora bien, ya hemos señalado que tal actuación en régimen de competencia en el mercado no conduce inequívocamente al carácter mercantil o industrial de la actividad, si tal actividad no va acompañada de otros elementos como la finalidad de ánimo de lucro y/o la asunción del riesgo.

En el supuesto de ALMERÍA XXI, su propio objeto social dirigido al ejercicio de una competencia municipal elimina cualquier finalidad de ánimo de lucro o de obtención de ganancias y/o beneficios a título particular, sin perjuicio obviamente de que la sociedad se someta a criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de su actividad para controlar el gasto y evitar pérdidas.

Asimismo, en cuanto a los riesgos de la actividad, aun cuando los Estatutos de la empresa municipal no prevén mecanismos formales de compensación de pérdidas, compartimos el criterio de la Resolución 23/2015, de 24 de febrero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando señala que *“para apreciar que no se soportan las pérdidas del negocio no es necesario que exista un mecanismo formal de compensación de pérdidas, siendo suficiente que, a la vista de actividad de la entidad, el interés público moverá a la Administración matriz a no permitir en ningún caso la insolvencia de la entidad”*. Y ciertamente, es impensable que el propio interés público que ha llevado a la creación del ente municipal permitiera la asunción de pérdidas por parte de dicha entidad al punto de su insolvencia y posible disolución por tal motivo.

Los propios Estatutos (artículos 29 a 33) prevén mecanismos evidentes de control público para prevenir cualquiera de estas situaciones. En tal sentido, se señala que:

- La empresa municipal está sometida al régimen de contabilidad pública debiendo rendir cuentas de sus operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas.
- Los estados de previsión de ingresos y gastos para cada ejercicio y los programas anuales de actuación, inversión y financiación forman parte del presupuesto consolidado de la Entidad Local.



- Las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la empresa forman parte de la Cuenta General del Ayuntamiento de Almería.
- La contabilidad de la sociedad será inspeccionada por la Intervención General del Ayuntamiento y está sujeta a control financiero.

Por tanto, hemos de concluir que ALMERÍA XXI ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, al no concurrir en su actividad todos los requisitos que jurisprudencialmente se predicán de aquel carácter, en particular, el ánimo de lucro y la asunción material de riesgo. En definitiva, pues, como señala la ya citada Resolución 23/2015, de 24 de febrero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, *“la mercantilidad de la empresa -en el sentido de que actúa en el tráfico mercantil- no es la finalidad, sino el medio del que se sirve para prestar el servicio”*.

En el sentido expuesto, la Sentencia, de 23 de mayo de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Roj: STSJ AND 3678/2016) resuelve un recurso de apelación interpuesto por ALMERÍA XXI y, después de declarar expresamente que la citada Empresa Municipal tiene la condición de poder adjudicador, señala que *“El intento de eludir las normas sobre publicidad y transparencia, mediante la constitución de sociedades mercantiles es un ejemplo más de lo que, como antes se dijo, se ha dado en llamar huida del Derecho administrativo, y que supone eludir la aplicación de las normas antes dichas, algo que no puede ser admitido (...)”*

A la vista de cuanto se ha argumentado, debe entenderse que ALMERÍA XXI tiene la condición de poder adjudicador conforme a lo estipulado en el artículo 3.3 b) del TRLCSP. En consecuencia, como tal poder adjudicador vinculado al Ayuntamiento de Almería, este Tribunal resulta competente para conocer del recurso especial interpuesto, en virtud del convenio de 26 de noviembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Almería, formalizado al amparo de lo



estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre -en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto-, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, convenio que permanece vigente a la fecha de presentación del presente recurso, no habiendo sido denunciado por ninguna de las partes firmantes.

**SEGUNDO.** Debe abordarse, a continuación, la legitimación de la Asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los anuncios y pliegos de las dos contrataciones referenciadas.

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.”*

Asimismo, el artículo 4, apartados 1 c) y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

- a) (...)*
- b) (...)*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

*2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”*

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones de empresas existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso



especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negarles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 2 de los Estatutos de ASINAL prevé que la misma se constituye con el objeto de representación y defensa de los intereses profesionales comunes a sus miembros y el artículo 6 b) establece, entre los fines de la Asociación, representar y gestionar los intereses profesionales, tanto colectivos como individuales de sus asociados, ostentando la representación de los mismos en cuestiones que se relacionen con aquellos.

En este sentido, ASINAL impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos limitan la concurrencia de las empresas a ella pertenecientes, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

Hemos de tener en cuenta que son objeto del recurso los anuncios y pliegos que rigen dos contrataciones promovidas por ALMERÍA XXI. Tales contratos se denominan por la entidad convocante *“ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización”* en diferentes salas del Palacio de Congresos del Toyo, debiendo analizarse la naturaleza jurídica de las prestaciones contractuales, a fin de determinar si estamos en presencia de un contrato de obras o de un contrato de suministro, pues de una u otra calificación



va a depender la sujeción de los contratos al recurso especial, teniendo en cuenta el valor estimado de los mismos.

Al respecto, ASINAL estima que la naturaleza jurídica de los contratos es de suministro y sobre la base de que la existencia de las dos contrataciones supone un fraccionamiento indebido del objeto, considera que la suma de los valores estimados de ambos supera el umbral de los 209.000 euros para su consideración como sujetos a regulación armonizada y por ende, al recurso especial. En cambio, ALMERÍA XXI entiende que la calificación jurídica correcta es la de obras y que ni el valor estimado de cada contrato por separado, ni la suma de ambos alcanzarían el umbral previsto para la sujeción de los contratos de obras a regulación armonizada (5.225.000 euros).

Procede, pues, abordar esta cuestión con carácter previo pues de la solución que se adopte dependerá, en definitiva, la admisión o no del recurso especial interpuesto.

El objeto de ambos contratos se define, respectivamente, en el apartado I.1 de cada pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del modo siguiente: *“Las presentes bases tienen por objeto la regulación del procedimiento de contratación, por la EMPRESA MUNICIPAL ALMERÍA XXI, de las obras que se especifican en el cuadro resumen del contrato que se adjunta como Anexo 5.1”*, señalando el apartado 1 de este Anexo de ambos pliegos, *“Denominación de la obra”*, que la misma consiste en la ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización en distintas salas del Palacio de Congresos del Toyo.

Asimismo, en el apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) de cada contratación se señala que el objeto de dicho pliego es el establecimiento de los requerimientos técnicos básicos para el suministro, instalación y puesta a punto de los equipos necesarios para el acondicionamiento y climatización, en un caso, y para las instalaciones de climatización, en otro, de distintas salas del Palacio de Congresos.



También se indica en el apartado 2 de ambos pliegos que *“El sistema elegido para la climatización de frío – calor de las salas será mediante bombas de calor aire -aire tipo V.R.F. TOSHIBA o similar- formado por unidades exteriores que permitan cada una de ellas varias unidades interiores (...)”*, señalando el apartado 3 que quedarán incluidas en el objeto del contrato todas las operaciones complementarias al suministro, tales como trabajos de limpieza y acondicionamiento para las unidades exteriores, acometida eléctrica, transporte, carga y descarga, montaje e instalación, ayudas de albañilería, obra civil e instalación y proyecto técnico, entre otras.

Nos encontramos, pues, con contratos que incluyen materialmente prestaciones de suministro y de obras, lo que plantea la cuestión relativa a su calificación jurídica.

Al respecto, el artículo 6.1 del TRLCSP establece que *“Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante (...)”*.

Quiere decirse, pues, que es un contrato de obras por disposición legal la ejecución de alguno de los trabajos que enumera el Anexo I del TRLCSP, como los señalados en dicho Anexo con la nomenclatura 45.33, bajo la descripción de “Fontanería”, que incluyen *“la instalación en edificios y otras obras de construcción de:*

- *fontanería y sanitarios*
- *aparatos de gas*
- *aparatos y conducciones de calefacción, ventilación, refrigeración o aire acondicionado*
- *la instalación de extintores automáticos de incendios”*.

En el supuesto analizado, se colige fácilmente que el objeto de los dos contratos encaja en la clasificación citada del Anexo I, como instalación en edificios de



aparatos y conducciones de calefacción, ventilación, refrigeración o aire acondicionado, por lo que estamos ante una de las actividades que el artículo 6 del TRLCSP define como propias de un contrato de obras. Ya hemos visto, al describir el objeto de los contratos conforme a los pliegos, que dicho objeto no consiste en la mera adquisición de aparatos de climatización existiendo ya una previa obra de instalación, sino que el PPT contempla toda una serie de operaciones dirigidas a la instalación y puesta en marcha de los equipos.

Como señala el informe 4/13, de 27 de junio de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, *“A pesar de la duda que puede surgir a la hora de calificar este tipo de contratos por el hecho de que su objeto comprenda no solamente la obra de instalación sino también la adquisición de equipos o de elementos esenciales al propio objeto del contrato (como luminarias, por ejemplo), debemos considerar que la adquisición de tales elementos si bien no constituye una obra en sí misma, sí queda englobada dentro del objeto principal de la misma, como es una construcción o instalación determinada. En este sentido, lo relevante es el sentido teleológico del contrato que se celebre, esto es, la finalidad de este, atendido el conjunto de prestaciones que tenga por objeto, de manera que si lo relevante es la obra en un bien inmueble, independientemente de la adquisición previa de los elementos que se van a destinar a esa obra, ese contrato solo se puede calificar como contrato de obra (...).*

*Otra interpretación, llevaría a que quedara desvirtuado el contenido del mero contrato de suministro cuya finalidad realmente es la simple adquisición de elementos y no la adquisición de los mismos para su instalación. En el caso de equipos de aire acondicionado, por ejemplo, es posible y habitual la adquisición de los mismos existiendo ya una previa obra de instalación que ha podido desarrollarse incluso años antes de la adquisición. Es el caso también de la renovación de equipos que utilizan las conducciones que ya fueron construidas y que permiten la renovación de los aparatos sin necesidad de acometer nuevas obras”.*



Con base en cuanto se ha argumentado y una vez concluido que estamos en presencia de dos contratos de obras cuyo presupuesto -no se alude a valor estimado en los pliegos-, incluso acumulado, es muy inferior al umbral de 5.225.000 euros previsto en el artículo 14 del TRLCSP para su sujeción a regulación armonizada, no se da el presupuesto del Artículo 40.1 a) del TRLCSP para la admisión del recurso especial.

La inadmisión del recurso especial al no ser los contratos de obras susceptibles del mismo, hace innecesario analizar los restantes requisitos de admisión del recurso y cualquier pronunciamiento sobre la medida provisional de suspensión solicitada, así como respecto al fondo del asunto.

**CUARTO.** Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 40.5 del TRLCSP dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*.

En este sentido, la referencia efectuada a la Ley 30/1992 hay que entenderla realizada a la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la citada Ley 39/2015, 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 escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que se tramite, en su caso, como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la mencionada Ley 39/2015.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



## ACUERDA

**PRIMERO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS INSTALADORES DE AGUA, GAS, CALEFACCIÓN, CLIMATIZACIÓN, ELECTRICIDAD, PRODUCTOS PETROLÍFEROS LÍQUIDOS, PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS, ENERGÍA SOLAR, MANTENIMIENTO Y AFINES DE ALMERÍA Y PROVINCIA (ASINAL)** contra los anuncios y los pliegos que rigen la licitación de los contratos denominados “Ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización en distintas salas del Palacio de Congresos del Toyo” y “Ejecución de las obras e instalaciones de acondicionamiento y climatización en las salas 5, 6, 7 y 8 del Palacio de Congresos del Toyo”, promovidos por la Empresa Municipal Almería XXI, S.A, al referirse el citado recurso a contratos de obras no sujetos a regulación armonizada y por tanto, no susceptibles del mismo.

**SEGUNDO.** Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la citada Ley 39/2015, 1 de octubre.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

