

**Recurso 145/2021**

**Resolución 181/2021**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de mayo de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HIDROGEA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE MURCIA S.A. (HIDROGEA)** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 11 de marzo de 2021, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha”, convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) (Expte. 2021/049530/006-103/00001), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil.



El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 34.738.503,38 euros.

**SEGUNDO.** La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

**TERCERO.** El 5 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por HIDROGEA contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se inicia el procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del contrato referenciado, el anuncio de licitación y los pliegos aprobados.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal del mismo día 5 de abril de 2021, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación preceptiva para su resolución que, posteriormente, se ha recibido en este Tribunal.

**QUINTO.** El 22 de abril de 2021, este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

**SEXTO.** Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido las formuladas por FCC AQUALIA, S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el



artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, competencia que asimismo se declara en el anuncio de esta licitación publicado en el perfil de contratante.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso al amparo del artículo 48 de la LCSP, pues los motivos de impugnación de su escrito ponen de manifiesto que la licitación convocada le origina un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

**TERCERO.** El recurso se interpone contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

Asimismo, es objeto de impugnación el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 11 de marzo de 2021 por el que se inicia un nuevo expediente de contratación siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168 a) de la LCSP. El citado acuerdo es un acto preparatorio sin contenido contractual propiamente dicho y previo a la convocatoria de la licitación por lo que, en principio, no es susceptible de recurso especial independiente; sin perjuicio de que una eventual estimación del recurso contra los pliegos conlleve igualmente su anulación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP *“En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”*.

**CUARTO.** El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP.

**QUINTO.** Examinados los requisitos de admisión, procede entrar en el análisis de los motivos del recurso. HIDROGEA insta la nulidad de los actos impugnados a fin de que se convoque una nueva licitación con el procedimiento de adjudicación ajustado a derecho. El motivo sobre el que pivota su recurso recae en la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168 a) 1º de la LCSP,



convocado por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato; pues, a su juicio, el único supuesto que justifica que el Ayuntamiento de Garrucha pueda acudir al procedimiento negociado, siempre con publicidad, es el previsto en el artículo 167 e) de la LCSP.

Antes de exponer las alegaciones de las partes, procede transcribir el contenido de los preceptos mencionados. Así, el artículo 167 e) de la LCSP dispone que *“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento de licitación con negociación en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando se dé alguna de las siguientes situaciones:*

*e) Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.*

*Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación”.* (el subrayado es nuestro)

Y el artículo 168 a) 1º del citado texto legal establece que *“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:*

*a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:*

*1.º No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite.*

*Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el empresario de que se trate ha de ser o puede ser excluido*



*en virtud de los motivos establecidos en la presente Ley o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación.” (el subrayado es nuestro)*

HIDROGEA defiende que todas las ofertas presentadas al procedimiento abierto originario resultaron excluidas por incumplimiento de los pliegos, en atención a lo resuelto por este Tribunal como consecuencia de varios recursos especiales interpuestos. De este modo, defiende que las mismas eran irregulares y que debió acudir al procedimiento negociado con publicidad previsto en el artículo 167 e) de la LCSP.

Sostiene que la Resolución 78/2021, de 4 de marzo, de este Tribunal -que resolvió un recurso especial interpuesto contra los pliegos del procedimiento negociado sin publicidad anteriormente convocado por el Ayuntamiento al amparo del artículo 168 a) 1º de la LCSP- no dio por válido el citado procedimiento, pues en la misma se señalaba que el Tribunal no iba a entrar en la cuestión de si el procedimiento elegido era el idóneo al no haberse planteado dicho extremo por la entidad recurrente.

Además, aduce que el nuevo acuerdo del Pleno, de 11 de marzo de 2021, no respeta la citada Resolución 78/2021 en lo relativo a que debía convocarse una nueva licitación. En tal sentido, manifiesta que *“el artículo 168.a).1.º LCSP regula un supuesto en el que, esencialmente, no se lleva a cabo una nueva licitación sino que se repite la anterior, tras haber fracasado esta por causas imputables a los licitadores. Al contrario, lo que el Acuerdo recurrido ha hecho ha sido «resucitar» un pliego utilizado hace dos convocatorias e invitar a participar únicamente a los que entonces presentaron oferta”.*

Frente a los alegatos expuestos, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que la entidad recurrente pertenece al grupo de empresas cuya matriz es SUEZ SPAIN SL, encontrándose participadas por esta entidad tanto HIDROGEA como HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, SA (HIDRALIA). Sostiene, pues, que *“El presente recurso, en apariencia es un fraude de ley, y en apariencia es un abuso de derecho a recurrir producido de forma directa, clara y evidente por la mercantil invitada HIDRALIA, máxime cuando el presente procedimiento proviene del anterior procedimiento abierto ya conocido por el Tribunal y tiene como único fin obstaculizar el propio procedimiento (...)”.*

Señala, asimismo, que *“No es una cuestión interpretativa la elección de un procedimiento negociado con o sin publicidad, sino de aplicación del principio de legalidad, máxime cuando se justifica plenamente la*



*elección del procedimiento negociado sin publicidad, y se motiva de forma clara y evidente ante el carácter inadecuado de todas las ofertas presentadas por los licitadores que formularon oferta en el Procedimiento Abierto, pues las ofertas presentadas a la vista de las Resoluciones del TARCJA (esto si es interpretación) no poseían la cualificación requerida, y por eso todas se declaran no ser conforme a derecho y por ese motivo y de forma excepcional se elige el procedimiento negociado sin publicidad tal y como dispone el artículo 168.a).1º LCSP” y que “En cualquier caso el recurrente ya tuvo la plena libertad sobre el principio de publicidad, publicación, libre concurrencia y no discriminación de presentarse al procedimiento abierto, declarado desierto, y no concurrió, pues concurrió HIDRALIA”.*

Por último, en sus alegaciones al recurso FCC AQUALIA, S.A. opone, en síntesis, la validez del supuesto de procedimiento negociado sin publicidad utilizado por el órgano de contratación y la mala fe en la interposición del recurso, toda vez que HIDROGEA oculta que en los últimos 40 años solo ha intervenido en la región de Murcia y, además, ni siquiera “ad cautelam” ha presentado en el Ayuntamiento de Garrucha la documentación del sobre 1 acreditando su solvencia, como muestra de su interés en participar en la licitación.

**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

El núcleo de la controversia recae sobre la consideración de “irregulares” o de “inadecuadas” de las ofertas presentadas en el inicial procedimiento abierto, las cuales fueron excluidas de la licitación en cumplimiento de las Resoluciones de este Tribunal 299/2019, de 19 de septiembre y 166/2020, de 1 de junio, lo que finalmente motivó que el procedimiento fuese declarado desierto. Así pues, de considerar las proposiciones irregulares, el procedimiento negociado a seguir habría de haber sido con publicidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 167 e) de la LCSP -posición que defiende HIDROGEA-, mientras que si se estima que aquellas fueron inadecuadas, sería conforme a derecho la elección del procedimiento negociado sin publicidad iniciado por el órgano de contratación en aplicación del artículo 168 a) 1º de la LCSP.

Con carácter previo y como quiera que es una cuestión suscitada en el recurso, hemos de señalar que este Tribunal, al dictar la Resolución 78/2021 con ocasión de otro recurso especial contra la anterior licitación del contrato por procedimiento negociado al amparo del artículo 168 a) 1º del texto legal, no se pronunció expresamente sobre la adecuación a derecho de este supuesto legal de procedimiento negociado; dejando imprejuizado tal extremo por no versar la controversia sobre dicho particular, ni plantear la recurrente ese



debate jurídico. De hecho, así lo hace constar expresamente la citada Resolución 78/2021 al indicar que *“debe partirse de la consideración de que, conforme al artículo 168 a) 1º de la LCSP -precepto en que se ampara el órgano de contratación para acudir al procedimiento negociado sin publicidad, extremo que no es objeto de discusión por la recurrente-, es posible utilizar el citado procedimiento cuando (...)”*.

Ha de quedar claro, pues, que este Tribunal no prejuzgó en aquella resolución la adecuación a derecho del supuesto legal de procedimiento negociado sin publicidad utilizado por el órgano de contratación.

Realizada tal precisión, en el presente supuesto sí hemos de centrar nuestro análisis en la citada cuestión porque precisamente es la que constituye el objeto del recurso aquí examinado. Para ello, hemos de partir de lo señalado en las Resoluciones de este Tribunal antes citadas que fueron dictadas en los recursos especiales interpuestos sustantivamente contra la indebida admisión de ofertas en el procedimiento abierto para la adjudicación de la concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en el municipio de Garrucha.

Así, en la Resolución 299/2019, de 19 de septiembre, se estimó que las ofertas de la UTE FCC AQUALIA-CODEUR, de la entidad HIDRALIA y de la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRUAS GONZALEZ habían sido indebidamente admitidas y procedía que por la mesa de contratación se acordara su exclusión. En la misma se señalaba lo siguiente:

Respecto a la UTE FCC AQUALIA-CODEUR:

*«Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia que se circunscribe en síntesis a verificar si, efectivamente, existe discrepancia en la proposición de la UTE FCC AQUALIA-CODEUR entre la adscripción de medios personales que propone en el sobre 2 y la que oferta en el estudio económico exigido en el sobre 3. En este sentido, la recurrente basa su alegato en la afirmación de la mesa de contratación de no entender justificada tal discrepancia, por lo que a su juicio la oferta de la citada UTE debe ser excluida.*

*(...)*

*Partiendo de la existencia de tal discrepancia, resta por analizar si la misma es o no causa de exclusión, como pretende la recurrente. En este sentido, se ha de poner de manifiesto la afirmación de que la oferta es única, esto es integrada por la propuesta contenida en el sobre 2, de documentación de criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, y la contenida en el*



sobre 3, de documentación de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, de tal suerte que no es posible que una parte de la oferta entre en contradicción con la otra, pues de lo contrario se estaría conculcando la integridad de la misma, lo que haría imposible entre otras cuestiones conocer cuál es la verdadera intención de la ofertante, sin que sea posible en este momento del procedimiento su modificación o alteración, lo que acarrearía ineludiblemente su inviabilidad, pues en caso contrario se vulnerarían los principios de igualdad y concurrencia entre entidades licitadoras.

(...)

Por último, la UTE adjudicataria en su oferta técnica contenida en el sobre 2, en el apartado "justificación del personal del servicio" ofrece un total de 19 personas, y en el estudio económico contenido en su sobre 3, en la parte de gastos fijos de personal, aparecen un total de 26 personas trabajadoras, de las cuales en solo 9 de ellas se establece un determinado coste anual y en el resto -17- aparece la expresión "sin coste".

En este sentido, como se ha expuesto, FCC en su escrito de alegaciones al recurso afirma que parte del personal era de apoyo sin repercusión económica, al ser personal de estructura de las empresas que formaban la unión temporal, justificación que no puede admitirse pues como se ha expuesto si una entidad licitadora al configurar su oferta técnica ofrece un determinado número de personal a adscribir a la prestación, y por lo tanto con unas concretas funciones a desarrollar para la ejecución del servicio, ese personal y su coste necesaria e ineludiblemente debe tener un reflejo económico, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado.

(...)

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede estimar el primer motivo del recurso, en el que la recurrente alega que la UTE adjudicataria debe ser excluida de la licitación.».

Respecto a HIDRALIA:

«Queda pues claro, en virtud de lo expuesto, que las distintas entidades licitadoras en su ofertas deberán respetar el personal mínimo exigible en el "Estudio de Viabilidad Económica y Estructura de Costes.".

(...)

En definitiva, de lo expuesto por la mesa de contratación se infiere que aun cuando queda claro que la oferta de la entidad HIDRALIA no cumple con el requisito de personal mínimo previsto en el Estudio de Viabilidad Económica y Estructura de Costes, la mesa entiende que al no exponer el propio pliego



*que ese supuesto incumplimiento sea motivo de exclusión, por aplicación del principio de proporcionalidad, resuelve no excluir la oferta de la citada entidad.*

*(...)*

*Asimismo, dicho incumplimiento se deduce de la propia oferta, como pone de manifiesto la mesa de contratación e incluso la propia entidad HIDRALIA, que afirma en su escrito de alegaciones que su oferta asignaba un total de cinco personas trabajadoras, cuando la exigencia era netamente superior.*

*(...)*

*Constatado el incumplimiento exigido en el sentido expuesto, la exclusión de la oferta de la entidad HIDRALIA debió haber sido acordada por la mesa de contratación, aun cuando no exista previsión expresa al respecto en los pliegos.*

*En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede estimar el segundo motivo del recurso, en el que la recurrente alega que la entidad HIDRALIA debe ser excluida de la licitación.»*

#### Respecto a la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ

*«En este sentido, se constata en varias actas de la mesa de contratación, entre otras, en la de 18 de enero de 2019, que la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRUAS GONZALEZ ofertó una plantilla mínima de 8 personas, y por tanto, no cumplió en el sentido recogido ut supra con lo exigido en la cláusula 8 del PCAP, y confirmado por los citados escritos de aclaraciones de 7 y 23 de agosto de 2018.*

*Constatado el incumplimiento exigido en el sentido expuesto, la exclusión de la oferta de la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRUAS GONZALEZ -al igual que en caso de la entidad HIDRALIA- debió haber sido acordada por la mesa de contratación, aun cuando no exista previsión expresa al respecto en los pliegos.*

*En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede estimar el tercer motivo del recurso, en el que la recurrente alega que la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRUAS GONZALEZ debe ser excluida de la licitación.»*

Por su parte, en la Resolución 166/2020, de 1 de junio, se anuló la adjudicación del contrato a favor de la entidad AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L ( AMEDIDA) con retroacción de las actuaciones para que por el órgano de contratación se procediera a la exclusión de la oferta presentada por la citada empresa. Como argumentación jurídica, este Tribunal consideró que AMEDIDA no reflejó en su



estudio económico, dentro del cálculos de los costes, los derivados del personal especialista ofertado a dedicación parcial que prestaría su apoyo para tareas específicas que requiriesen mayor especialización en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio.

Así pues, a modo de síntesis, las dos resoluciones de este Tribunal estimaron que las ofertas presentadas en el inicial procedimiento abierto debieron haberse excluido por contradicciones en su contenido en cuanto al personal afecto al servicio y/o incumplimiento del requisito de plantilla mínima de personal conforme a lo exigido en los pliegos. La cuestión a dilucidar ahora es si tales defectos determinan que aquellas proposiciones fuesen irregulares o inadecuadas, pues dependiendo de una u otra calificación el supuesto legal de procedimiento negociado a seguir es distinto, como ya hemos expuesto.

Con carácter previo, hemos de indicar que se descarta que las ofertas puedan considerarse inaceptables en términos del artículo 167 e) de la LCSP porque, aparte de no debatirse tal calificación en el recurso, en el procedimiento abierto originario no se suscitó controversia sobre la cualificación de los licitadores, ni tampoco las ofertas rebasaron el presupuesto de licitación, requisitos estos que son los que legalmente determinan dicho carácter.

Circunscrita, pues la controversia a los conceptos de irregulares o inadecuadas, hemos de indicar que la LCSP se ha limitado a incorporar en sus artículos 167 e) y 168 a)1º el contenido respectivo de los artículos 26.4 b) y 32.2 a) de la Directiva 2014/24/UE. En unos y otros preceptos se define cada concepto y así, en lo que se refiere a ofertas irregulares (artículo 167 e), se establece que tendrán esta consideración las *“que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación”*. Y en cuanto a la oferta inadecuada (artículo 168 a)1º) se dispone que lo será *“cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación”*.

Ambas definiciones legales permiten concretar los distintos supuestos que pueden darse en la práctica, pese a lo cual siguen utilizando expresiones de gran amplitud e indeterminación que pueden originar problemas de interpretación. De este modo, una oferta que no corresponda a los pliegos permite ser calificada como irregular; pero la cuestión es si debe entenderse que toda oferta que incumpla algún



requerimiento del pliego ha de tener dicho carácter por cuanto, si es manifiestamente insuficiente para satisfacer sin cambios sustanciales los requisitos de los pliegos, estaría igualmente incumpliendo dichos requisitos pero no se calificaría como irregular, sino como inadecuada.

La cuestión tiene trascendencia porque en el caso de irregularidad de la oferta habría que acudir al procedimiento negociado con publicidad (167 e) de la LCSP) y en el caso de su inadecuación al procedimiento negociado sin publicidad (168 a) 1º del citado texto legal).

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 167 e) alude literalmente a *“ofertas que no correspondan a los pliegos”* lo que hace suponer que se trata de proposiciones irregulares que más que incumplir aspectos concretos de los pliegos, no responden en su formulación global a lo establecido en ellos, es decir, no son acordes o congruentes con los mismos; mientras que la manifiesta insuficiencia de la oferta determinante de su inadecuación apunta más a que la proposición no resulta bastante para satisfacer los requisitos establecidos en los pliegos, pero sería susceptible de alcanzar un nivel de suficiencia modificando o completando aquellos aspectos en que se aprecia su inicial insuficiencia. Por ello, tratándose de ofertas irregulares, el legislador abre el procedimiento negociado a la publicidad para propiciar de este modo que puedan licitar otras empresas distintas a las que concurrieron en el inicial procedimiento abierto o restringido -sin exclusión de estas últimas si así lo desean- y así poder garantizar una mayor concurrencia en orden a la selección de la oferta; mientras que en caso de ofertas inadecuadas, la ley ha estimado que no es necesaria la publicidad porque el órgano de contratación puede seleccionar la mejor oferta entre las inicialmente presentadas, una vez que estas, tras completar o modificar sus términos en el ulterior procedimiento negociado, alcancen el nivel de suficiencia adecuado que satisfaga las exigencias de los pliegos.

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal considera que la insuficiencia del personal mínimo ofertado respecto al requerido en los pliegos de la licitación -elemento clave en la apreciación del incumplimiento de las distintas proposiciones presentadas en el procedimiento abierto y determinante a la postre de su posterior exclusión- tiene mayor encaje en el supuesto definido legalmente en el artículo 168 a) 1º de la LCSP porque, de acuerdo con lo antes expresado, aquella insuficiencia solo supone que las ofertas, correspondiéndose en su formulación global con los requerimiento de los pliegos, no ofrecen el personal mínimo necesario que garantice la ejecución de la prestación, y tal déficit puede solventarse en un ulterior procedimiento negociado por las mismas empresas que licitaron en el inicial procedimiento abierto.



Por otro lado, es el órgano de contratación el que examinó las proposiciones concurrentes al procedimiento abierto y el que ha tenido que cumplir las resoluciones de este Tribunal estimatorias de los recursos contra sus decisiones. Por tanto, hemos de presumirle un conocimiento de las deficiencias existentes en las ofertas iniciales del que, en principio, carece la recurrente que no fue parte en aquella licitación, habiendo estimado dicho órgano que la insuficiencia de medios personales y de previsión de costes para atenderlos puede solventarse por los mismos licitadores que participaron en el anterior procedimiento, acudiendo a uno nuevo sin publicidad y con negociación.

Finalmente, tampoco puede prosperar el alegato de HIDROGEA acerca de que se ha incumplido la Resolución 78/2021 de este Tribunal que anulaba los pliegos y preveía que, en su caso, se iniciara una nueva licitación.

La recurrente funda este incumplimiento de nuestra resolución en que el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 a) 1º de la LCSP -que ahora analizamos- no supone una nueva licitación sino la repetición de la anterior, pero tal argumento no puede acogerse como veremos a continuación.

La Resolución 78/2021 estimó parcialmente un recurso especial contra los pliegos que rigieron la contratación en liza mediante procedimiento negociado sin publicidad. En la misma se señalaba que *“el recurso debe ser parcialmente estimado con anulación del contenido de los pliegos impugnados que este Tribunal ha considerado no ajustados a derecho, lo que conlleva la propia anulación de los pliegos impugnados, incluidos los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de aquellos, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación”*.

Es de ver que este Tribunal anuló los pliegos señalando que, en su caso, debía convocarse una nueva licitación. Al efectuar este pronunciamiento, simplemente aplicó lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP *“En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”*. De este modo, lo que quería señalarse en aquella resolución es que no cabía una mera modificación de los pliegos y la continuación de la licitación iniciada, sino la retroacción de actuaciones al momento previo a su aprobación para que el órgano de contratación, si seguía teniendo la necesidad de adjudicar el contrato, aprobase nuevos pliegos poniendo en marcha otra



licitación a través de cualquiera de los procedimientos regulados en la LCSP, sin que este Tribunal efectuara pronunciamiento alguno sobre el procedimiento de adjudicación a seguir en el futuro, ni la referencia que hizo en la Resolución 78/2021 a la convocatoria, en su caso, de una nueva licitación pudiera entenderse en el sentido que pretende la recurrente.

Por cuanto se ha argumentado procede desestimar el recurso especial interpuesto y estimar adecuado el supuesto legal de procedimiento negociado acordado por el órgano de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 168 a) 1º de la LCSP, sobre la base de considerar inadecuadas las ofertas en el anterior procedimiento abierto.

**SÉPTIMO.** Por último, la entidad interesada FCC AQUALIA, S.A. solicita, en su escrito de alegaciones al recurso, la imposición de multa a HIDROGEA *«por su evidente mala fe, al ocultar al Tribunal información muy relevante para determinar su supuesta “legitimación”»*. Por su parte, el órgano de contratación, pese a manifestar la aparente mala fe de la recurrente, no solicita multa para esta.

Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP reconoce que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

Pues bien, aun cuando el recurso ha sido desestimado, no se aprecia en sus motivos una absoluta falta de fundamentación jurídica, sin que además quepa apreciar mala fe en la recurrente por una supuesta ocultación de información al Tribunal basada fundamentalmente en el hecho de que en los últimos 40 años solo ha actuado en la Región de Murcia y nunca en Andalucía. Tal extremo, unido a otras afirmaciones que



realiza la interesada, no constituyen por sí solos elementos suficientes para apreciar la citada mala fe en la interposición del recurso, que por otro lado plantea una controversia que no es baladí y está revestida de cierta dificultad en su interpretación jurídica.

En definitiva, no se evidencia con el recurso una absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo. En consecuencia, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad manifiesta para la imposición de multa.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **HIDROGEA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE MURCIA S.A. (HIDROGEA)** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 11 de marzo de 2021, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha”, convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) (Expte. 2021/049530/006-103/0000).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal en resolución de 22 de abril de 2021.

**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 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

